

UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ADRIANO MARIANO DE OLIVEIRA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
CONSUMIDOR, SEGUNDO A SISTEMÁTICA JURÍDICA
PROCESSUAL LUSO-BRASILEIRA, NA RESPONSABILIDADE CIVIL
OBJETIVA POR DANOS ORIUNDOS DE MEDICAMENTO – RISCO
DE DESENVOLVIMENTO – E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE
ORDEM PELO FIADOR**

RECIFE
SETEMBRO/2016

ADRIANO MARIANO DE OLIVEIRA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO
CONSUMIDOR, SEGUNDO A SISTEMÁTICA JURÍDICA
PROCESSUAL LUSO-BRASILEIRA, NA RESPONSABILIDADE CIVIL
OBJETIVA POR DANOS ORIUNDOS DE MEDICAMENTO – RISCO
DE DESENVOLVIMENTO – E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE
ORDEM PELO FIADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado Científico em Ciências Jurídicas
da Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa como requisito final para a
obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof.º Doutor José Luís
Bonifácio Ramos.

RECIFE
SETEMBRO/2016

ADRIANO MARIANO DE OLIVEIRA

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR, SEGUNDO
A SISTEMÁTICA JURÍDICA PROCESSUAL LUSO-BRASILEIRA, NA
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR DANOS ORIUNDOS DE
MEDICAMENTO – RISCO DE DESENVOLVIMENTO – E DA RENÚNCIA DO
BENEFÍCIO DE ORDEM PELO FIADOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da defesa: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Nome do orientador, titulação
(Orientador)

Nome do 1.º examinador, titulação
(Examinador)

Nome do 2.º examinador, titulação
(Examinador)

A Universidade de Lisboa não aprova nem reprovava as opiniões emitidas neste trabalho que são de responsabilidade exclusiva do autor desta tese jurídica.

Dedico este trabalho à família, em especial, minha mãe Eudócia Bezerra de Oliveira, *in memória*, à minha esposa Maria Elizabete Cavalcanti Pessoa e ao meu filho João Vítor Cavalcanti de Oliveira, exemplos de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família por todo o amor, dedicação e apoio ao longo de toda a caminhada para a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador, Dr. José Luís Bonifácio Ramos pelo apoio, contribuição, disponibilidade e ensinamentos transmitidos à elaboração deste trabalho.

*“Ontem eu era inteligente, queria mudar o mundo.
Hoje eu sou sábio, estou mudando a mim mesmo...”*

(autor desconhecido)

RESUMO

É de grandíssima valia aos operadores do Direito, em qualquer tempo, o estudo da prova, um tema fascinante que sempre provoca acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais. Sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, eliminada a utilização do livre convencimento motivado para a tomada de decisões, especificamente no que toca à produção de provas, esta dissertação aborda o instituto jurídico da inversão do ônus probatório nas lides consumeristas. A problemática refere-se à responsabilidade civil objetiva do fornecedor de produtos e serviços perante o consumidor, notadamente sob a ótica do risco de desenvolvimento e da cláusula contratual de renúncia ao benefício de ordem, em detrimento do fiador, quando contida em um contrato de adesão. Na maioria dos tribunais brasileiros, e, por unanimidade, nos tribunais portugueses, entende-se pela não incidência da inversão do ônus da prova em benefício do fiador, ainda quando alegada em juízo a falta de informação objetiva na cláusula de fiança. Ademais, quanto à figura do risco de desenvolvimento, o ordenamento jurídico português afasta a possibilidade de responsabilização civil objetiva ao fornecedor por danos advindos ao consumidor, ante a falta de regramento legal acerca do ônus da prova ou da sua inversão. No Brasil, por sua vez, malgrado o silêncio da lei, a jurisprudência é unânime em imputar responsabilidade ao fornecedor nessas situações. No bojo do presente trabalho, com base nas orientações acima apontadas, são analisadas as graves consequências jurídicas acarretadas para o fiador e para o consumidor, partes hipossuficientes e vulneráveis nos contratos de adesão, nas hipóteses de recusa à inversão do ônus da prova, em clara violação aos princípios mais basilares insertos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Prova. Livre convencimento motivado. Inversão do ônus da prova. Consumidor. Hipossuficiência.

ABSTRACT

It is of great value to legal operators, at any given time, the examination of proof, a fascinating theme which always stirs fierce academic and judicial debates. Under the Code of Civil Procedure of 2015, which eliminated the use of free conviction in decision-taking, specifically related to the production of evidence, this dissertation addresses the legal institute of the inversion of burden of proof in consumer cases. The issue refers to the objective civil liability of the provider of products and services before the consumer, notably from the perspective of the risk of development and the contractual clause waiving the secondary liability, to the detriment of the guarantor, when specified in a subscription contract. In most Brazilian courts, and, unanimously, in Portuguese courts, the interpretation is for the non-application of the inversion of burden of proof for the guarantor's benefit, even when a lack of objective information in the guaranty clause is claimed in court. Moreover, regarding the figure of the risk of development, the Portuguese legal system eliminates the possibility of the objective civil liability being ascribed to the provider, in the event of damages caused to the consumer, due to a lack of legal regulation about the burden of proof or its inversion. In Brazil, on the other hand, despite the legislative silence, the jurisprudence is unanimous in charging responsibility to the provider in such situations. Within the scope of this work, based on the interpretations aforementioned, the examination will cover the serious legal consequences entailed to the guarantor and the consumer, both vulnerable and disadvantaged parties in subscription contracts, in the event of a waiver on the inverted burden of proof, clearly violating the most elementary principles inserted into the Federal Constitution and the Code of Consumer Defense and Protection.

Keywords: Proof. Free conviction. Inversion of burden of proof. Consumer. Lack of sufficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA PROVA	14
1.1 Conceito de prova	14
1.2 Do sistema dispositivo	16
1.3 O fim do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova	17
1.4 Dos princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide....	22
1.5 Dos fatos controvertidos	25
1.5.1. <i>Dos fatos notórios</i>	26
1.5.2 <i>Dos fatos confessados</i>	26
1.5.3 <i>Dos fatos incontroversos</i>	28
1.5.4. <i>Da presunção</i>	28
1.6 Da verdade formal e da verdade material.....	30
1.7 Do ônus objetivo e do ônus subjetivo	32
1.7.1 <i>Da diferença entre ônus e obrigação</i>	34
1.8 Da regra de prevalência da produção da prova.....	36
1.9 Da dinâmica da prova	39
1.10 Do momento da produção da prova	43
1.10.1 <i>Do procedimento comum no NCPC</i>	45
2 A PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR	47
2.1 Conceito de consumidor	47
2.2 Conceito de fornecedor	50
2.3 Da dinâmica da prova no CDC	51
2.3.1 <i>Requisitos da inversão do ônus da prova no direito do consumidor</i>	55
2.4 Verossimilhança e hipossuficiência são requisitos cumulativos ou alternativos?	62
2.5 Momento da inversão do ônus da prova de acordo com o CDC.	63
2.5.1 <i>A inversão do ônus da prova no momento do julgamento da lide</i>	65
2.5.2 <i>A inversão do ônus da prova no despacho saneador</i>	66
2.5.3 <i>A inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor</i>	68
2.6 Da inversão do ônus da prova à luz do ordenamento jurídico português .	71

2.6.1 Novo paradigma.....	72
3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL	
OBJETIVA DOS DANOS ORIUNDOS DE MEDICAMENTO AOS PACIENTES –	
RISCO DE DESENVOLVIMENTO E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE ORDEM	
PELO FIADOR.....	79
3.1 Da responsabilidade civil objetiva.....	79
3.1.1 <i>Nas lides de responsabilidade civil objetiva incide-se a regra tradicional do</i>	
<i>ônus da prova do NCPC ou a inversão do ônus da prova do CDC?.....</i>	<i>82</i>
3.1.1.1 Da prova quanto ao risco de desenvolvimento.....	83
3.1.1.2 Do regramento jurídico português quanto ao risco de desenvolvimento.....	86
3.2 Da inversão do ônus da prova quanto à renúncia benefício de ordem.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS.....	101

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esta dissertação do curso de mestrado foi “A inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, segundo a sistemática jurídica processual luso-brasileira”, vinculada à problemática da responsabilidade civil objetiva por danos oriundos de medicamento – risco de desenvolvimento – e à renúncia do benefício de ordem pelo fiador.

Declina-se na doutrina que o estudo da prova é um assunto ao mesmo tempo árduo e profícuo. É que a prova ocupa grande parte no Direito Processual Civil.

E dentro desta dinâmica, com relação ao ordenamento jurídico pátrio, a par do novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015, o julgador está na obrigação de dispensar aos sujeitos do processo e a todos aqueles terceiros ou interessados a possibilidade concreta de obterem uma decisão final justa e célere, sem que, para tanto, prevaleça mais o ultrapassado sistema do livre convencimento motivado.

Outrossim, após o advento da Carta Magna de 1988, tem-se um Direito Processual Cível Constitucional, no que, obviamente, o instituto jurídico da prova também se encontra nesse contexto.

Por outro lado, o assunto ora apresentado é de assaz importância vez que, se observado de modo bem particular na relação jurídica de consumo, toma outro viés, dada a desigualdade material que existe entre o fornecedor do serviço ou produto e o consumidor.

Significa que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), embora seja classificado como microssistema jurídico, interage com os demais ramos do direito e, como não poderia deixar de ser, com o novo Código de Processo Civil (NCPC).

Foi dentro dessa linha de evolução que o novo Código de Processo Civil sistematizou a tão almejada possibilidade de o julgador distribuir o ônus da prova a quem melhor se apresente na condição de fazê-lo. Neste caso, é imprescindível que haja decisão fundamentada, no sentido de dar à parte que ficou com esta incumbência não só o conhecimento prévio a respeito, como também da mesma manejar o recurso processual próprio, se assim desejar, com o resguardo da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

É certo que o instituto jurídico da inversão do ônus da prova não era sistematizado no Código de Processo Civil de 1973, com exceção dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários ou, então, de modo convencional entre as partes litigantes.

Neste particular, a doutrina era unânime em declinar que ao magistrado apenas cabia exercer a tarefa de um simples observador, no aguardo do desfecho do processo, após se exaurirem os ônus das partes sobre a produção das provas que entendessem essenciais, para no final prolatar decisão de mérito.

Eis que, por outro lado, é inconteste que há uma ruptura substancial do que venha ser inversão do ônus da prova na esfera jurídica de consumo entre o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico português.

O objetivo do presente trabalho circunscreve-se, portanto, no fato de deixar nítida a linha de conduta do julgador a ser seguida ao decidir sobre a inversão do ônus da prova, ao se levar em consideração que, para o direito brasileiro, o consumidor ostenta a condição de hipossuficiência e de vulnerabilidade, características estas que não estão previstas nas regras da inversão do ônus da prova do Código de Processo Civil de 2015.

Diante desta circunstância, são levantadas duas problemáticas relativas à inversão do ônus da prova sob a luz do CDC:

A primeira, sobre a responsabilidade civil decorrente de vício ou defeito do produto ou serviço, mais propriamente o denominado risco de desenvolvimento.

A segunda, quanto à nefasta renúncia ao benefício de ordem do fiador, oriunda de um contrato de adesão, sem margem à aplicação da inversão do ônus da prova em prol deste fiador, fato este bastante corriqueiro perante os ordenamentos jurídicos luso-brasileiros, por prevalecer o entendimento de que subjaz a presunção de que houve total ciência acerca das cláusulas contratuais.

No primeiro capítulo, é abordada a teoria da prova, delimitada aos aspectos fundamentais, que, por seu turno, podem ser observados em qualquer relação jurídica processual, sempre com fulcro no novo Código de Processo Civil.

O segundo capítulo prende-se à análise da prova no contexto do consumidor, com fulcro nos artigos 6º, VIII e 38, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, especificamente sobre o instituto jurídico da inversão do ônus da prova, abarcando ainda um estudo comparativo com o sistema jurídico português.

Por fim, no terceiro capítulo, estão apresentadas aquelas duas problemáticas relativas à inversão do ônus da prova, quais sejam, a responsabilidade civil objetiva decorrente de risco de desenvolvimento e a renúncia ao benefício de ordem, por parte do fiador. Eis que, para o primeiro caso, embora inexistindo previsão legal a respeito, os tribunais adotam o posicionamento da inversão do ônus da prova favorável ao consumidor, conduta esta que diverge da linha utilizada no sistema jurídico português. Quanto ao segundo caso, a jurisprudência de ambos os países é uníssona em determinar que não é plausível a concretização do instituto jurídico da inversão do ônus da prova em prol do fiador.

A partir dos estudos trazidos à baila, com a análise de julgados e de fontes doutrinárias, alcança-se o entendimento de que a prova deve ser aplicada com observância aos princípios elementares insertos no Código de Defesa do Consumidor e na Carta Magna brasileiros, afastando, assim, por completo o sistema do livre convencimento motivado.

1 DA PROVA

1.1 Conceito de prova

O termo prova tem origem latina, *probatio*, que significa verificação, inspeção, exame. Decorre do verbo *probare*, com sentido de persuadir, demonstrar, examinar¹. A prova é base a toda área do conhecimento humano.

No Direito, é tida como atividade, noutras, meio e ou resultado. E então, ao mesmo tempo, atividade, meio e resultado², por exemplo, no ordenamento jurídico nacional (art. 369, NCPC)³.

Como atividade, pode se referir ao ato da parte para provar a alegação de um fato articulado. De meio⁴, está circunscrita à fonte que pode ser testemunhal, documental, pericial ou qualquer outra admitida em direito. E resultado, ao servir de convicção do juiz ou do tribunal.

Para outros, é retórica a ser o alicerce à formação da consciência do julgador⁵.

Luís Alberto Reichelt⁶, ao abordar esta temática na teoria de Alessandro Giuliani, alegou que este trouxe à baila três grandes paradigmas históricos em sede de conceito e de função de prova: a prova como *experimentum*, a prova como *ratio* e a prova como *argumentum*.

¹ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 14.

² RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 22.

³ Art. 369, do NCPC, Lei nº 13.105/15: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir na convicção do juiz”.

⁴ Neste sentido, Cabral de Moncada: “o meio material de conseguir a declaração e tutela de nossos próprios direitos, e a demonstração deles em juízo”. MONCADA, Luiz Cabral. **Lições de direito civil: Parte Geral**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1995, p. 795.

⁵ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: A prova “[...] assume a condição de um meio retórico, regulado por lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

⁶ REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre-RS: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 39-42.

Na prova como *experimentum*, pode-se fazer uma equiparação entre esta prova jurídica e a prova lógico-científica. Essa paridade alicerça-se na suposição da existência de dois pontos comuns nos conceitos acima elencados: a consideração da verdade material como objetivo final da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador.

O modelo de prova como *ratio*, parte do princípio da aceitação da ideia de verdade formal que atua como fator para a eliminação do subjetivismo da decisão jurisdicional. A terceira proposta de definição do conceito e de função da prova presente ao longo da evolução histórica do processo civil é aquela que a toma como *argumentum*.

Essa noção revela avanços sobre a superação da ideia de demonstração como único método científico possível a ser adotado para retratar a realidade dos fatos, trazendo à baila a discussão em torno da revalorização da retórica como ferramenta capaz de retratar a verdade. Nesse contexto, a prova passa a ser um argumento destinado à construção de uma representação do mundo examinado produzida no âmbito do eticamente possível.

Aludem outros que há na prova dois aspectos indissociáveis: subjetivo e objetivo.

O subjetivo se circunscreve à formação da convicção do juiz. O objetivo, por ser o instrumento hábil à formalização desta convicção⁷.

Doutro lado, está ela no contexto sobre o qual a ordem jurídica serve de sustentáculo à concretização da harmonia social por meio de solução do conflito de interesses.

Carnelutti⁸ assegura que a ordem jurídica é apresentada através de normas gerais e de princípios que subordina certas categorias de interesses a outros interesses prevalecentes.

Se um dos objetivos da atividade judicante está centrado no juízo de valor sobre as normas e regras jurídicas e o fato controvertido da lide, resta notório que existe uma vinculação dos sujeitos e de todos que venham compor o processo, tomando dimensão importante o sistema dispositivo.

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. v., 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 412.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **A prova**. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 29-30.

1.2 Do sistema dispositivo

É comum se afirmar na doutrina que no sistema dispositivo está implícita a vontade das partes. Sendo, por sua vez, uma garantia constitucional ao jurisdicionado⁹, e, ao mesmo tempo, a exata constatação da imparcialidade do julgador.

Oportunamente, assegura Rui Manuel de Freitas Rangel¹⁰ que há um processo sob a ótica bem particular, por albergar os interesses exclusivos das partes que estão em causa no processo.

Disso afirma que o juiz apoia a decisão de fato na prova feita pelas partes ou na prova constante do processo (*iudex secundum allegata et probata indicare debet*).

Neste contexto, estando o poder de direção do processo sob a estrita responsabilidade do juiz, de maneira a ser o único que detém a função ímpar de julgar a lide com total isenção – é o que sempre se espera de tamanha envergadura – Carnelutti¹¹ declinou que este mesmo juiz se encontra com o poder-dever de se vincular estritamente aos fatos que foram apresentados pelas partes no processo.

Isso faz com que, segundo Rui Manuel de Freitas Rangel¹², as partes devem oferecer as provas que sopesem necessárias à realização e satisfação do direito invocado, estando-lhes vedado, por outro lado, o intento de procederem à apreciação da prova, pois tal tarefa - de apreciação da prova produzida - compete

⁹ Neste sentido, Teori Albino Zavaski: “Para bem se desincumbir desse poder-dever, o Estado se aparelha e funciona organicamente, sendo tarefa dos seus juizes afirmar e atuar concretamente a vontade da lei, promovendo, assim, a substituição dos envolvidos em conflito pela atividade estatal, como disse Chiovenda. Como terceiro desinteressado no conflito a ele submetido, o Estado exerce esse poder-dever necessariamente sob o signo da imparcialidade, daí porque a tutela jurisdicional não é concedida de ofício, dependendo, antes da ação do interessado”. ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 6.

¹⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 47.

¹¹ Neste sentido, Francesco Carnelutti: “Um sistema processual construído assim integra um poder de disposição das partes sobre a matéria de fato da sentença e, portanto, uma influência da conduta destas sobre o conteúdo da mesma sentença: as partes podem, bem calando um fato real ou bem afirmando acordos um fato imaginário, obrigar o juiz a pôr na sentença uma situação de fato diferente da realidade”. CARNELUTTI, Francesco. **A prova**. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 35.

¹² RANGEL, *op. cit.*, p. 187.

exclusivamente ao juiz. Ou seja, a valoração da prova é a expressão genuína do exercício da função jurisdicional.

Resta indubitado quanto ser antedita apreciação da prova ato designadamente judicial, mormente àquela condução do feito a cargo do magistrado. Todavia, em reservas do ordenamento jurídico nacional, por mandamento do novo Código de Processo Civil de 2015, é importante que este julgador salvguarde o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, princípios estes inclusive consagrados na Carta Magna.

Nestes parâmetros, o juiz há de se comportar no feito com o insofismável objetivo de pôr em prática a interação prevalecente entre todos que integram a lide.

Trata-se de um direcionamento procedimental que inexistia no Código de Processo Civil de 1973. Até então, eram reconhecidos amplos poderes instrutórios do julgador – aqui no sentido de valoração da prova – conforme se extrai do artigo 130¹³, muito embora, por outro lado, houvesse obediência ao referido sistema dispositivo que sempre norteou a atividade jurisdicional.

Advém, peremptoriamente, a singular questão na doutrina, quanto a aceitar ou não a superação do sistema do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova por parte do julgador, considerando-se que, na realidade, este não deve mais julgar a celeuma, segundo a tão aclamada e debatida consciência que, por sua vez, sempre foi concebida como fonte de inspiração do julgado ou como parâmetro fundamental da decisão esperada no processo, mas sim com base especificamente nas regras e princípios que formalizam todo o conjunto do ordenamento jurídico dogmático.

1.3 O fim do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova

É incontestado que, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, pelo menos na seara do positivismo jurídico, o juiz sempre foi lançado ao pedestal de significativa grandeza, por ser visualizado como aquele operador do Direito que detém poderes ilimitados no feito, ou melhor, dotado do poder geral de cautela para,

¹³ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

de modo bem particular e, acima de tudo, em conformidade com as regras de experiência, solucionar a controvérsia, no sentido de aplicar a norma jurídica nos casos concretos, exsurto daí valores de cunho tipicamente subjetivos.

Não era para menos, pois, sob a sistemática do Código de Processo Civil de 1973, pelos ditames dos artigos 130 e 131¹⁴, a própria jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹⁵ sempre salientou o princípio do livre convencimento motivado, reconhecendo o juiz como o único destinatário da prova, cabendo-lhe analisar as circunstâncias de sua produção.

Este ativismo judicial tinha assento naquela via processual sobre a qual legitimava incontestavelmente o ato judicial, de forma que o sentimento de justiça está ainda hoje arraigado no cenário jurídico nacional, exclusivamente por este prisma. Insta registrar que constava no art.130 a prerrogativa do julgador, de ofício, determinar a produção de provas que entendesse necessária à instrução do processo.

Na regra em comento, havia duas proposições: a primeira, dada a condição do juiz determinar a produção de provas sem a manifestação de vontade de qualquer das partes. A segunda, sobre o ato do juiz indeferir as provas requeridas pelas partes, desde que tais provas fossem efetivamente inúteis ou protelatórias.

Não é surpreendente, mesmo estando em vigor o novo Código de Processo Civil de 2015, em recente julgado na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ArRg no AREsp 845218/SP, de nº 2016/0007737-0, o relator Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo apontou o juiz como o destinatário da prova e que este é quem avalia a conveniência e necessidade de sua produção, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias. E para tanto,

¹⁴ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 179542/SC – 2012/0102942-3**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/04/2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339934422/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-179542-sc-2012-0102942-3>>. Acesso em 05 jul. 2016.

mencionou-se o disposto na parte final do art. 130 do Código de Processo Civil de 1973¹⁶.

A doutrina navega por este mesmíssimo esquema de entendimento: Marinoni e Arenhart¹⁷, dois grandes expoentes teóricos do Direito Processual Civil, por exemplo, alertam que a prova, por estar atrelada nas argumentações – que não deixa de ser verdade – origina-se nas afirmações das partes através das respectivas iniciais, de vez que este é o momento próprio para tal, e que, quanto ao convencimento judicial, este fato se concretiza por meio do critério da racionalidade.

[...] como bem notou Calamandrei, de raciocínio idêntico ao que sustenta as máximas de experiência. Haverá o juiz de considerar o que acontece na normalidade dos casos, como parâmetro para concluir pela validade ou não de uma pretensão, diante do resultado da argumentação formulada. Todavia, é necessário advertir que esse convencimento sobre o fato, não age como ser inerte e neutro, desprovido de qualquer “pré-conceito”, preconceito ou vontade anterior¹⁸.

Acresce que as ondas renovatórias estão a produzir os efeitos imprescindíveis, pelo menos no cenário jurídico nacional, diante do advento do novo Código de Processo Civil. De modo que uma das mudanças substanciais está ligada à atividade jurisdicional.

Lenio Streck¹⁹, com muita propriedade, assegura que o juiz não mais agirá livremente, isto é, sobre o critério do livre convencimento motivado, pena de subverter a nova ordem procedimental que, por sua vez, está albergada naquela supracitada interação que deve existir entre todos.

Neste mesmo raciocínio, percebem outros autores que aquela corrente jurisprudencial, se forem considerados os atuais contornos do novo Código de Processo Civil, navega pela via contrária do Estado Constitucional do Direito, vez que os apontados dispositivos legais não faziam distinção exata no que viessem ser

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ArRg no AREsp 845218/SP (2016/0007737-0)**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo. Data do julgamento 09/08/2016. Dje 16/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=845218&&>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 53

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 53.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Direito probatório**. Salvador-BA: Editora JusPODIVM, 2015, p. 110.

livre convencimento motivado e valoração da prova. Em suma, há a predominância da teoria da interpretação cognitivista ou formalista²⁰.

Outrossim, é uma atuação extraordinária e de extensão bastante reduzida, em função de haver um único propósito: convencer o julgador sobre a veracidade ou não de um fato.

Portanto, essa maneira limitada de produção de prova viola os valores do Estado Constitucional do Direito, e, se confrontados mencionados artigos com os atuais 370 e 371, do novo Código de Processo Civil²¹, constata-se que não foi à toa a intenção do legislador ordinário ao retirar o termo “livremente”.

Designadamente, o juiz não pode nem deve apreciar a prova ao seu particular alvedrio, sabendo-se que, nos artigos 370 e 371 do novo Código de Processo Civil, há dois estágios processuais estanques: o primeiro, sobre a admissibilidade da prova e o segundo, quanto à valoração.

Lenio Streck²², como sempre, vai mais além, por entender que, malgrado no artigo 370, do novo Código de Processo Civil, a redação, na essência, não seja diferente do texto legal do art. 130, do Código de Processo Civil de 1973, em termos sintáticos, o que houve foi – isso sim – uma radical mudança na norma jurídica. Houve alteração do sentido do texto. Ou melhor, a norma do art. 370 ocasionou o surgimento de paradigma quanto à compreensão, noutros termos, paradigma da subjetividade, posto dever existir a intersubjetividade de todos os que compõem a relação jurídica processual, e não apenas a pessoa do julgador.

[...] Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, (o juiz) não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma fairness (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por

²⁰ LANES, Jaúlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. **O Juiz como o único destinatário da prova (?)**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.), p. 92-99.

²¹ Art.370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo Único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

²² STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais²³.

Enfim, mencionados autores são conclusivos ao declinarem que o magistrado não deve indeferir a prova, sob a justificativa de estar formalizada a convicção, pena de ultrajar os princípios da ampla defesa e do contraditório da Carta Magna de 1988²⁴.

Ora, são plausíveis indigitadas manifestações doutrinárias, por ancoradas no princípio norteador do artigo 93, inciso IX, primeira parte, da Constituição Federal²⁵, em virtude das decisões serem motivadas e fundamentadas.

Neste diapasão, não é pertinente conceber o direito processual civil na linha unitarista e exclusivista do garantismo processual ou no próprio ativismo judicial²⁶.

Tanto é verdade que todos os sistemas processuais estão baseados nesses dois elementares princípios, pelo menos na seara do positivismo jurídico, e que, em certas situações, se “inter-relacionam”²⁷, na oportunidade de haver uma célere prestação jurisdicional com o resguardo à eficácia do direito material tutelado.

Outrossim, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), através do Enunciado de nº 50, de 1 a 3 de maio de 2015²⁸, reconheceu que os destinatários da prova são todos aqueles que dela poderão fazer uso, podendo ser as partes, terceiros interessados e o próprio juiz. E que, por outro lado, diz que esta atividade

²³ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.550.

²⁴ Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁵ Art. 93 [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

²⁶ Glauco Gumerato Ramos: “Para o ativismo, o juiz deve atuar de maneira a resolver o problema no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade”. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. **Revista da AGU**. Brasília-DF, Ano IX, n. 24, abr./jun. 2010, p. 84.

²⁷ Para Eduardo Cambi, “Os sistemas processuais são marcados, basicamente, por dois princípios fundamentais, o dispositivo e o inquisitivo, os quais inter-relacionam-se para dar o grau de efetivação do direito material a ser tutelado jurisdicionalmente”. CAMBI, Eduardo. *A inexistência do ônus da impugnação específica e da presunção de veracidade dos fatos não contestados, para o consumidor, nas relações de consumo*. **Revista de Direito Privado**. Ano 4, n. 14, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003, p. 259.

²⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados aprovados em Salvador**: Enunciado de nº 50. Vitória, de 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em: <Portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

tem um único propósito que é de influir eficazmente na convicção do julgador. Contudo, esta convicção tem que estar atrelada a questões tipicamente objetivas.

Nesta perspectiva, por ser de suma importância a comunicação intersubjetiva que emerge no cenário jurídico nacional, sob o manto dos princípios da cooperação e coparticipação, com vista à rápida e justa solução da lide, urge analisá-la doutrinariamente.

1.4 Dos princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide

O dado basilar é que a norma jurídica norteia os atos das partes no processo, no que o novo Código de Processo Civil tem como escopo oportunizar a estes litigantes um processo justo, com resguardo à dignidade da pessoa humana, aos fins sociais e às exigências do bem comum.

Nesta perspectiva, dá-se importância à coparticipação que exurge entre os sujeitos da lide, nos termos do art. 77, incisos I, II e III, com extensão a terceiros, em virtude do mandamento do art. 380²⁹. Consagrando-se, por outro lado, o princípio elementar da boa-fé (art. 5º)³⁰ que também está inserto no art. 322, § 2º³¹ e no art. 489, § 3º³².

Saliente-se que esse princípio da boa-fé adveio do direito privado e posteriormente foi recepcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei de nº 8.078/90, art. 4º, inciso III,³³ que, então, alçou à configuração de direito fundamental do consumidor, expandindo-se a todo ramo do direito na sistemática jurídica

²⁹ Art. 380: [...] I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder;

Parágrafo Único: Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

³⁰ Art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³¹ Art. 322 [...] § 2º: A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

³² Art. 489, parágrafo terceiro: A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³³ Lei nº 8.078/90, art. 4º [...] inciso III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

brasileira. Estando o julgador com o dever e com a obrigação de obstar quaisquer ações que almejem maculá-lo.

Esta é a fiel demonstração da função instrumental do processo, de acordo com os artigos 4º e 139, inc. IX, do novo Código de Processo Civil de 2015³⁴.

Para Lúcio Grassi Gouveia³⁵, há a inegável valia que se dispensa a esta instrumentalidade. Entende que não há mais lugar à supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual civil.

Seu objetivo é de se buscar a harmonização do processo, para que seja a todos os membros da sociedade o eficiente meio ético e técnico de participação social³⁶.

Nestas circunstâncias, é um sistema processual constitucional³⁷, ao inverso de quase tudo que era sistematizado no procedimento processual do Código de Processo Civil de 1973. No que, sob este ângulo, o formalismo ditava as condições, por ser o imperativo do princípio da igualdade (formal) que deveria existir entre estes sujeitos.

Sob este império sistemático, o direito processual civil era modelado no propósito das lides seguirem minuciosamente os três procedimentos judiciais: o processo de conhecimento ou de cognição; o cautelar e o executivo, em razão do seu primado ser o incremento da coisa julgada³⁸.

³⁴ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 139. [...] IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

³⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista do Processo**, Ano 34, n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun./2009

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 36-37.

³⁷ Neste sentido, João Batista Lopes: “Por força da constitucionalização do processo, assistimos à revisitação dos institutos fundamentais do processo civil. A ação, antes estudada como direito subjetivo, passa a ser qualificada como garantia constitucional. A jurisdição ganha novo perfil, não se circunscrevendo à mera composição de conflitos de interesses. O processo deixa de ter caráter exclusivamente técnico para assumir relevante função social”. LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constituição do processo civil. **Revista do Processo**. Ano 29, n. 116. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, Jul./Ago. 2004, p. 36.

³⁸ Neste sentido, Arruda Alvim: “A função da cognição tinha por fim a declaração do direito (*lato sensu*). A cautelar visava, única e exclusivamente, produzir efeitos assecuratórios da eficácia possivelmente emergente da sentença do processo principal, quando da procedência da ação, o que excluía que se pudesse, cautelarmente, produzir efeito idêntico àquele suscetível de ser produzido pela procedência da ação. Não havia a possibilidade de execução ou realização do direito ou a realização do direito simultaneamente à fase de conhecimento. A execução prática do direito ou a execução propriamente dita eram necessariamente posteriores ao término da cognição e, em regra, dependiam da ocorrência de coisa julgada”. ALVIM, Arruda A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 3, 2010, p. 49.

Hodiernamente, o juiz tem a premissa elementar de ficar imbuído na concretização de diálogo com as partes, pelo menos com seus causídicos, e disso emanam inúmeros reflexos sobre o desfecho da lide, diante da importância do debate que se instaura a partir desse exato contexto.

Em suma, a atividade jurisdicional, atrelada aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos, tem como meta o eficiente resultado com base no próprio direito regulado, com a probabilidade da totalidade dos jurisdicionados terem acesso à Justiça³⁹⁻⁴⁰.

De supremo valor é essa intercomunicação processual, com ênfase na cooperação. É certo que no Código de Processo Civil português existe a previsão de aplicação de multa à parte que se recuse pô-la em prática (art. 417, nº 2)⁴¹.

Essa lei é inconfundível não só sobre a imposição da penalidade, também do tribunal destinar caráter extraordinário à prova em detrimento da parte que se recusou a cumprir o dever de cooperação.

É oportuno fazer uma análise sobre incremento do fato objeto da prova, por ser o fio condutor pelo qual se formaliza a convicção do juiz, no momento da efetivação da atividade jurisdicional.

³⁹ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “[...] o processo civil hoje é acima de tudo um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed., São Paulo-SP: Ed. Malheiros, 2010, p. 351-352.

⁴⁰ Com muita propriedade, as insígnies doutrinadoras Cíntia Rosa Pereira Lima e Livia Carvalho da Silva Faneco afirmaram que “As ondas renovatórias do processo civil deram um novo contexto ao processo civil: - a primeira onda renovatória focou-se no acesso à justiça segundo os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth; a segunda onda renovatória veio com a consolidação dos institutos afetos ao processo coletivo; e, - a terceira onda renovatória dá ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsia”. LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104, p. 310.

⁴¹ Art. 417º: Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 334º do Código Civil.

1.5 Dos fatos controvertidos

É, por essência, o fato controvertido sustentáculo da atividade probatória, cuja tarefa incumbe às partes e a terceiros interessados que litigam em juízo.

Exsurge, portanto, a indagação sobre qual é, na realidade, o fato que ocupa posição tão importante e ao mesmo tempo imprescindível à elucidação da controvérsia debatida nos autos.

Se o Direito é a viga mestra da comunidade por ditar as regras de convivência social, fato jurídico relevante é todo aquele admitido por esta mesma comunidade⁴².

Daí ser defeso ao magistrado valorar fatos que não foram articulados no processo (art. 141, novo Código do Processo Civil)⁴³. Existindo, dessa maneira, diferença entre estes fatos e os que são apresentados e não provados: os fatos que não fazem parte da lide, para a atividade jurisdicional, são inexistentes, excetuando-se os notórios.

Carnellutti⁴⁴ sustenta o argumento de que os fatos controvertidos constituem a regra em matéria de prova. E que o juiz está frente à afirmação de uma parte e a negação da outra, na hipótese, diante da discussão de um fato: é necessário proporcionar-lhe o meio ou indicar-lhe a via para resolver a discussão, ou seja, para determinar na sentença o fato não determinado pelas partes.

Complementa: se esta via é a da busca da verdade ou, em outras palavras, do conhecimento do fato controvertido, haveremos realizado para a posição do fato um sistema idêntico ao estabelecido para a posição do direito, ainda que dentro dos limites mais restritos, e tudo se reduzirá a um problema lógico de conhecimento do fato controvertido, por parte do juiz.

Afora os fatos controvertidos, por exigirem empenho dos sujeitos da lide, às suas exatas constatações, descortinam-se os fatos notórios, como abaixo declinados, com suas características próprias.

⁴² Marcos Bernardo argumenta: “[...] somente o fato que esteja regulado por norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato produtor de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja”. BERNARDO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed., São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2011, p. 38.

⁴³ Art. 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. **A prova**. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005, p. 42-44.

1.5.1. Dos fatos notórios

Fatos notórios são aqueles que, para a exata comprovação, são dispensadas as atividades probatórias de praxe. Este dado basilar está por deveras assentado em sede jurisprudencial⁴⁵. Inclusive, no artigo 374, inc. I, do novo Código de Processo⁴⁶, há reconhecimento expresso da desnecessidade de produção de prova para o fato caracterizado como notório. Igual regra existe no Código de Processo Civil português, art. 412, n. 1⁴⁷, Lei nº. 41/2013, de 26 de junho.

Sequer há de se perquirir sobre o ônus da alegação. Inclusive, são eles do conhecimento não só do magistrado, assim como de todos os que fazem parte de lide.

Mas o fator primordial é que, para sua correta condução, no tocante à sua análise pelo juiz, é que este deve assegurar a todos o exercício da ampla defesa e do contraditório, através de decisão interlocutória fundamentada, especificamente na fase de saneamento do processo (art. 357, IV, do novo Código de Processo Civil)⁴⁸, a fim de oportunizar aos mesmos contraditá-la, se assim desejarem.

1.5.2 Dos fatos confessados

Sabendo-se que, do lado inverso, mas não de menor grau, é a prova de interesse do Estado, se se considerar que a prestação jurisdicional deve ser concretizada através da “justa composição do conflito”, se esta puder atualmente ser assim concebida, segundo os ensinamentos de Carnelutti⁴⁹, é ela mitigada, quando

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 814560/PI**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/05/2016. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;aresp:2016-04-19;814560-1537716>>. Acesso em: 02 set. 2016.

⁴⁶ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios;

⁴⁷ Art. 412º Factos que não carecem de alegação ou de prova.

1 – Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral.

⁴⁸ Art. 357. [...] IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

⁴⁹ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 35.

levada a efeito a norma do art. 374, II, do novo Código de Processo Civil, ao estipular que não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.

A fórmula é simples: se confessados, nada mais resta ao julgador a não ser reconhecê-los, sem necessidade de haver justificativa para prolongar a vida do processo, face à efetiva formalização da convicção (art. 389).

Para a abalizada doutrina, a confissão se caracteriza diante de uma afirmação que esta mesma parte estaria com o ônus de prová-la. É um ato jurídico *estricto senso*, pois, para sua validade e eficácia, independe de qualquer termo ou condição, sendo, por natureza, indivisível (art. 395, do NCPC). Mas a confissão não pode abranger direitos indisponíveis (art. 392).

O conceito de confissão, se tiver como parâmetro a prescrição do art. 389, é dúbio, pois, para que o fato se revele com essa natureza, exige-se o ato próprio de vontade do sujeito⁵⁰.

Mas é bom frisar que os termos admissão e confissão não têm a mesma carga semântica. Uma declaração não é mera admissão, por exigir a exteriorização do pensamento que pode ser oral ou escrita, conforme visto.

Um pouco mais restrito, o art. 412º, Código de Processo Civil português, Lei nº 41/2013, assegura que:

Factos que não carecem de alegação ou de prova 1 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral e 2 - Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove⁵¹.

Dentro dessa gama dos fatos que prescindem da atividade probatória, podem também ser englobados os de natureza incontroversa.

⁵⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.), p. 36.

⁵¹ PORTUGAL. **Lei nº 41/2013**, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016.

1.5.3 Dos fatos incontroversos

Os fatos incontroversos, descritos no art. 374, III, do NCPC⁵², são todos aqueles que, uma vez apresentados por uma das partes, consistentes na criação, modificação, extinção ou impedimento de um direito, a parte adversa não se manifesta e ou, ao tentar fazê-lo, faz fora do prazo previsto na lei. De sorte que, pela via indireta, formam a convicção do julgador.

O dado essencial do fato incontroverso reside justamente naquele silêncio de cuja parte que, pela regra jurídica, estaria na obrigação de contrariar a pretensão da outra. É caso de presunção *iuris tantum*.

1.5.4. Da presunção

A presunção, também caracterizada como prova atípica, decorre de algum fato específico, como por exemplo, ante a ausência de controvérsia da demanda, a respaldar a decisão do julgador, em tal circunstância, em termos de reconhecer como verídica a alegação apresentada pela parte litigante no processo de conhecimento, sem necessidade de dilação probatória.

A aceitação tácita ou expressa do réu faz encurtar a própria via procedimental, por meio do julgamento antecipado da lide.

Observe-se que, muito embora esteja em foco o princípio dispositivo, a parte que estaria na incumbência de delimitar a atividade jurisdicional, quanto à produção de provas imprescindíveis ao direito pleiteado, abriu mão de fazê-lo. Trata-se, portanto, de um ônus.

A doutrina elenca os seguintes elementos constitutivos da presunção:

- a) o fato conhecido;
- b) o fato desconhecido e
- c) o nexo de causalidade.

⁵² Art. [...] III - admitidos no processo como incontroversos;

O fato conhecido está circunscrito ao que foi articulado pela parte que deseja se beneficiar da presunção invocada. Neste caso, o ônus da prova quanto a este elemento é da estrita e exclusiva responsabilidade dessa mesma parte.

É certo que o fato conhecido é a base do fato desconhecido no qual está assentada a presunção, pois a redação do art. 374, IV, do novo Código de Processo Civil⁵³, assim determina.

Quanto a este fato desconhecido, não se faz necessária a produção de prova. Ou seja, é a presunção que depende de prova. Para se chegar ao fato desconhecido, através do fato conhecido, advém a grande valia do nexo de causalidade.

As presunções podem ser legais (*praesumptiones iuris*) ou comuns (*praesumptiones hominis*).

Como o próprio já diz, as presunções legais originam-se da vontade do legislador. E no que, conforme visto, da análise do art. 374, IV, do NCPC, estão dispensadas as produções de prova à sua exata comprovação.

Essas presunções legais subdividem-se em relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*). Na relativa, é possível haver a aceitação de prova em contrário.

Significa que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz, se a parte adversa não produzir prova que a afaste.

Se for o caso de presunção absoluta, é prescindível prova em contrário. E, inclusive, alguns percebem que há certa similaridade entre esta e a ficção jurídica.

No entanto, para Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁴, há inegável diferença entre estes institutos jurídicos: na presunção absoluta, parte-se do pressuposto da grande probabilidade de o fato presumido ter ocorrido. Disso se diz que a prova em contrário é inadmitida.

Respeitante à ficção jurídica, sua razão de ser está sedimentada na circunstância de um fato que, embora não tenha ocorrido, por opção do legislador, é considerado como que tivesse existido⁵⁵.

Eis que, no que se refere à presunção relativa, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, podem ser enquadrados os casos de responsabilidade civil

⁵³ Art. 374. [...] IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 490-491.

objetiva, por força do fornecedor do produto ou serviço ter o ônus, que lhe é atribuído por lei, de trazer aos autos prova inconteste sobre as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, Lei de nº 8.078/90 – este assunto deverá ser desenvolvido em seu momento próprio.

Sabendo-se que o conhecimento dos fatos é essencial à aplicação da regra ou do princípio jurídicos, por meio de decisão judicial fundamentada, surge naturalmente a indagação sobre em que verdade é lastreada a prestação jurisdicional: se de cunho absoluto ou relativo.

1.6 Da verdade formal e da verdade material

É discussão corrente na doutrina de não ocupar mais lugar no direito a anacrônica concepção sobre a verdade substancial ou material e verdade formal⁵⁶.

Sendo impossível a obtenção da verdade absoluta no processo, como em toda ou qualquer área do conhecimento humano, este liame serve de substrato para desmitificar a errônea aceitação de que basta a verdade formal no processo civil, para dar suporte fático ao juiz a enfrentar o mérito da causa controvertida, enquanto que no processo penal, a meta é atingir a verdade sob a perspectiva real, ou verdade material⁵⁷.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁸ sentenciam que, se um dos objetivos do processo civil é que haja o conhecimento dos fatos pelo julgador, e, conseqüentemente, da prova, não há mais intento a se valorizar a verdade substancial, tendo em vista que, para a abalizada doutrina, esta verdade substancial nada é mais do que uma pura ficção que há muita deveria ter sido “extirpada da teoria jurídica”, por ser um conceito inservível ao estudo da prova.

⁵⁶ Marinoni e Arenhart asseguram: “Essa influência da descoberta da verdade substancial sobre o direito processual [...] já era nítida na Roma antiga [...] Isso demonstra, claramente, o culto à verdade, a ponto de se negar prestação jurisdicional sob o argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou, por outras palavras, que os fatos não estavam suficientemente aclarados”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 484.

⁵⁸ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 42-43.

Mencionam a teoria de Jürgen Habermas, por este ter declinado que a verdade deve ser compreendida por meio de conceito dialético que tem, por seu turno, base na argumentação dos sujeitos cognoscentes. Afirmam que, para este filósofo alemão, a verdade não é algo a ser descoberto, mas sim o que se constrói por meio da argumentação⁵⁹.

Em oportuno, Lenio Streck, Dierle Nunes e Leonardo da Cunha⁶⁰, ao comentarem o art. 369, do novo Código de Processo Civil, por estar neste o regramento de que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, asseguram que, quanto a esta verdade, mesmo estando atrelada à subjetividade moderna, é

[...] ... um conceito intersubjetivo, superando, por isso, a noção de verdade subjetivista-solipsista (*adequatio rei et intellectum*) e a verdade como adequação do intelecto com a coisa (verdade metafísica clássica – onde se insere o malsinado “princípio” ((sic) da verdade real). O CPC faz cair por terra, destarte, a velha distinção em verdade formal e verdade real.

Por mais paradoxal que seja, na lei consumerista brasileira ainda há a previsão de prova calcada em verdade substancial ou material, a dar validade ao *non liquet* romano, especificamente nas causas de direitos coletivos que contemplam direito do consumidor.

Isto é, se porventura o pedido da inicial for julgado improcedente, por falta de prova, a decisão judicial, que tem caráter definitivo, como ocorre nas lides de direito privado, não ensejaria coisa julgada material, com chance ao consumidor e todas aquelas pessoas legitimadas a promoverem igual demanda judicial (art. 82, incisos I, II, III e IV)⁶¹.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,, p. 42-43

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 548.

⁶¹ Art. 82. “Para fins do art. 81. P.Ú - são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assembleia [...]

Do *non liquet* no Direito Romano, estaria o magistrado autorizado a não enfrentar o mérito da causa, se não ficasse convencido no final julgamento do feito, diante das provas até então colhidas, pela desídia de qualquer uma das partes.

Essa decisão não visava beneficiar qualquer das partes, mas declarar que ninguém ganhou ou foi vitorioso no litígio em julgamento. Então, o feito poderia ser novamente ajuizado, desde que baseado em novas ou outras provas que pudessem também ser levadas perante o juiz.

No direito brasileiro, excetuando o contorno sobre a ação coletiva do direito do consumidor, e ou em qualquer outro ordenamento jurídico moderno, a exemplo de Portugal, não se cogita do *non liquet*, visto que não só a regra da dinâmica da prova e ou, como definem alguns, a distribuição do ônus da prova; as presunções absolutas e relativas e as consequências incidentes em razão das provas não serem produzidas por quem de direito, terem se tornado institutos jurídicos oportunos a dar respaldo ao julgador para que enfrente o mérito da causa controvertida, mesmo que ainda permaneça certa obscuridade sobre o direito discutido nos autos.

Enfim, estando os sujeitos da lide embasados na cooperação e na coparticipação, no que devem também por estar empenhados à efetiva formalização da convicção do julgador, urge tecer alguns comentários sobre o ônus da prova, mais particularmente sobre a natureza jurídica.

1.7 Do ônus objetivo e do ônus subjetivo

Um dos focos do ônus da prova está centrado na incerteza. Significando que, ao ser esgotada a fase instrutória e, mesmo assim, ainda persista a dúvida sobre veracidade ou não de um fato, origina-se o entrave natural ao enfrentamento do mérito da causa pelo julgador.

Daniel Amorim Assumpção Neves⁶² declara que é um ônus imperfeito, pois nem sempre a parte que ficou com esta incumbência sucumbirá em desvantagem

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 492.

processual, bastando para tanto imaginar as provas de ofício e as que são da responsabilidade da parte contrária.

Nomeadamente, é uma regra de conduta: se os sujeitos não se desincumbirem de provar as alegações apresentadas, de modo consequente ficam na iminência de serem prejudicados.

Eis que o ônus da prova está atrelado à vontade dos sujeitos da lide, no que, para sua melhor compreensão, deve ser concebido sob dois prismas: objetivo e subjetivo⁶³.

Pelo ônus objetivo, estar-se-ia diante de uma regra de julgamento, regra esta que acirra contundentes discussões doutrinárias que serão expostas mais adiante, cuja aplicação deveria ocorrer no final da instrução do feito, desde que o julgador conclua que inexistiu prova e ou esta se tornou insuficiente à elucidação da celeuma. Enfim, paira a indigitada dúvida. É ela dirigida ao magistrado quanto a ser eliminado o *non liquet*.

O subjetivo vincula as partes do processo, quanto às suas respectivas condutas para se desincumbirem dos seus ônus de provar os fatos articulados. Inclusive, por outro lado, próprio juiz, diante do poder de decisão que detém a determinar de quem seria o ônus de produzir certa prova, pode fazê-lo, com a finalidade de pôr este sujeito numa situação de desvantagem processual. Isto é, esta desvantagem atinge o objetivo se esta parte não o cumprir. Desde que seja observado o debate entre aqueles sujeitos, com amparo na ampla defesa e no contraditório.

Mas o rigorismo desta distinção não tem efeito prático. O dado importante é que aquele que ficou com essa tarefa deve cumpri-la com determinação para no final ver aplicada a lei ou o princípio, com o fim de obter resultado positivo em sua pretensão⁶⁴.

⁶³ Neste sentido, Pedro Ferreira Múrias: “O ônus da prova objectivo é o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente. O ônus da prova subjectivo prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma actividade probatória, sob pena de ver a sua pretensão desatendida”. MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 21.

⁶⁴ Segundo Múrias, é totalmente irrelevante para o tribunal que a prova relativamente a certa “questão de facto” tenha provindo da actividade de uma ou de outra parte. Interessa apenas que, finda a produção da prova, haja ou não a convicção dos juízes quanto às versões em disputa. MÚRIAS, *op. cit.*, p. 21.

Outros apregoam que a divisão da prova sobre aqueles dois aspectos dá importância singular ao debate que deve existir no processo⁶⁵.

É razoável tal afirmativa, pois sob os auspícios dos novos paradigmas do Código de Processo Civil, adquiriram grandes enfoques os princípios da coparticipação e cooperação dos litigantes e terceiros interessados a serem postos em prática em qualquer natureza da lide.

Enfim, no novo Código de Processo Civil de 2015, tanto o ônus objetivo quanto o subjetivo estão indiscutivelmente em sintonia com os princípios norteadores fundamentais do contraditório, do juiz natural e imparcial, sem querer declinar a errônea concepção de que estes não eram observados na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Mas, obviamente, não com tanto primor.

1.7.1 Da diferença entre ônus e obrigação

Das diversas teorias que norteiam o tema sobre os elementos caracterizadores inerentes a ônus e obrigação, Francesco Carnelutti, diga-se de passagem, em muito contribuiu para tanto, segundo Boaventura Pacífico⁶⁶.

Para o mencionado teórico, o ônus é oriundo de uma norma jurídica instrumental. A obrigação, por sua vez, tem por base uma norma material. O ônus está voltado ao interesse do onerado. A obrigação tem como beneficiária a parte adversa: se não cumprida, surge uma sanção jurídica contrária aos objetivos pretendidos.

É, pois, o ônus uma norma cogente. O foco deve ser direcionado para o interesse tutelado e não para a finalidade do “cumprimento do preceito legal”⁶⁷.

⁶⁵ Neste sentido Fredie Didier Júnior; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira “trata-se de importante dimensão do tema, pois qualifica o contraditório, na medida em que estimula às partes a participar do processo e, assim, colaborar com o problema de uma decisão mais justa”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2012, p.76.

⁶⁶ PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo-SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44), p. 24.

Alega Cássio Scarpinella⁶⁸: para que se entenda o que venha ser ônus da prova, deve-se atentar ao comando normativo. Este ônus está atrelado à prática de um “ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo”.

Outrossim, o ônus está ligado à própria liberdade do sujeito, a depender de um comportamento que tem como meta a obtenção de certos efeitos favoráveis à sua pretensão.

Em sendo assim, é de se concluir que este ônus está contido na repartição da prova existente entre os sujeitos da lide, sobre as produções das provas imprescindíveis ao desfecho do embate jurídico, de maneira a se perfazer a probabilidade de um desses sujeitos, por se tornar desidioso, sofrer os efeitos legais dessa contumácia, se for o caso.

Resumindo, serve como condição para que seja obtida determinada vantagem. Há correlação entre o ônus da prova, quanto ao seu exercício, e o risco daí resultante por quem de direito⁶⁹.

Eis que dúvida não há na regra jurídica processual ao ter estabelecido as condições imprescindíveis destinadas ao juiz, no sentido deste, no momento oportuno, decidir sobre quem deve suportar a tarefa de produzir certa prova ao pronto esclarecimento do fato, se ainda lhe persiste dúvida.

Rui Manuel de Freitas Rangel⁷⁰ compreende que o ônus da prova não é um problema de aplicação de direito. O ônus da prova é um problema de demonstrar fatos. Não separar estas duas vertentes e confundi-las, como o faz Rosenberg, é tentar misturar o julgamento da matéria de fato, que assenta nos meios de prova, na

⁶⁷ Neste sentido, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico diz que “Carnelutti faz um paralelo entre as normas materiais e as instrumentais: as materiais compõem imediatamente um conflito de interesses, impondo uma obrigação e atribuindo um direito subjetivo; as instrumentais o compõem mediamente, atribuindo um poder (de compô-lo) e impondo uma sujeição correlata. No direito subjetivo, o titular do interesse protegido é livre para fazer valer – ou não – o comando que lhe é favorável. Aí reside uma faculdade sua, que consiste na possibilidade (liberdade) de agir. A faculdade, portanto, é a antítese da obrigação: se há obrigação, o homem age como deve; se há faculdade, age como quer [...]”. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo- SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44), p. 24

⁶⁸ SCARPINELLA, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

⁶⁹ Neste sentido, Rui Manuel de Freitas Rangel diz que “Efetivamente, correlativa à noção de ônus, está subjacente a ideia de risco não a ideia de subordinação ou sujeição”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 93.

⁷⁰ RANGEL, *op. cit.*, p. 129-130.

capacidade das partes, por intermédio do ônus da prova e das regras de repartição, em convencer o juiz da sua pretensão e o julgamento da matéria de direito, que se passa em momento e com contornos diferentes.

Ao saber que o ônus é fator crucial à produção da prova, é bom destacar qual é a regra prevalecente no ordenamento pátrio.

1.8 Da regra de prevalência da produção da prova

O legislador pátrio manteve a ordem de produção da prova do Código de Processo Civil de 1973, art. 333, no Código de Processo Civil de 2015, art. 373, incisos I e II. É classificada como regra estática de prova. De igual teor, há no artigo 342º do Código Civil português⁷¹.

Para que produza seus efeitos jurídicos, refere-se a uma triangulação em cuja base se posicionam os contentores e terceiros interessados, com os exclusivos ônus de provar os fatos constitutivos, se autor, e ao réu, dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele.

O juiz, no ápice, ficaria com o dever de agir subsidiariamente ou de forma complementar, a depender do advento da dúvida a lhe dar respaldo suficiente à prolação de decisão para atribuir a incumbência da prova, com o fim de esclarecimento. Sem qualquer cogitação no que respeita ao posicionamento entre aqueles sujeitos atinentes aos referidos ônus da prova.

Ao autor, é uma “norma base” e, ao réu, uma “contranorma”⁷². É um sistema de distribuição do ônus da prova sedimentada na teoria das normas de Rosenberg⁷³.

Esse método procedimental é elementar: se a parte pretende ser beneficiada por uma norma, está ela com o ônus de apresentar os elementos fáticos

⁷¹ “Art. 342º [...] n. 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”.

⁷² MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 43.

⁷³ Pois, segundo afirma Múrias: “É relativamente simples expor esta doutrina. Para o A. de Die Beweist, nenhuma norma pode ser aplicada sem que o juiz se convença da verificação de todos elementos da sua facti species. Na incerteza, decide, portanto, contra a parte que a norma beneficiaria”. MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Ed. LEX, 2000, p. 43.

indispensáveis à sua aplicação. Se for o réu, o de comprovar os fatos extintivos; modificativos e impeditivos do direito daquele⁷⁴. A própria doutrina consolidou esse pragmatismo processual⁷⁵.

Parece contraditória, mas a fórmula tradicional de produção da prova estava e está estruturada sob o manto dos princípios da igualdade (formal) das partes e, inclusive, na imparcialidade do julgador.

Em oportuno, Mariana França Gouveia⁷⁶ fez uma crítica velada sobre o procedimento extremamente rígido do sistema jurídico português – que também pode ser estendida ao ordenamento jurídico pátrio – mais detalhadamente à adequação do modelo probatório material vigente no atual cenário social, ao declinar que qualquer um dos 55 (cinquenta e cinco) artigos que se referem à prova no Código Civil português, durante o lapso temporal de 40 anos, não sofreu alteração, malgrado a transformação substancial havida na sociedade portuguesa.

Alerta que no art. 342º, do Código Civil português, apesar de valorizar a teoria das normas de Rosenberg, não há clareza na identificação do que venha ser fato constitutivo e fato impeditivo, em razão do legislador ordinário tê-la valorizado por demais.

E que a diferenciação deveria ocorrer por meio de outros critérios, tais como as máximas de experiência do julgador. Conclui por dizer que é quase impossível não haver dúvida à correta aplicação das regras estabelecidas dispositivo legal⁷⁷.

Em parte, há de se concordar com referida manifestação, não com relação ao fato constitutivo, por não haver nenhuma dificuldade do mesmo ser identificado.

Marinoni e Arenhart⁷⁸ dizem que, para Chiovenda, os fatos constitutivos são os sustentáculos que dão vida à vontade concreta da lei, até porque faz surgir uma

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160

⁷⁵ Segundo Cássio Scarpinella, ao comentar o art. 333, do CPC de 1973, disse que: “O exame de ambos os incisos do art. 333, quando feito no seu devido contexto, acaba por revelar o que lhes é mais importante e fundamental: o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou. Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz”. SCARPINELLA, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

⁷⁶ GOUVEIA, Mariana França. A Prova. **Revista Themis – Revista de Direito**. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais).

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 335.

⁷⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 165.

expectativa de um bem por parte de alguém. E quanto aos fatos modificativos, embora pressuponham válida a constituição de um direito, tem como meta alterá-la.

No entanto, para estes doutrinadores, o fato impeditivo não tem a finalidade de impedir a formação da “*fattispecie*” da qual o fato constitutivo faz e visa a constituir”. Inclusive, o fato impeditivo não integra o fato constitutivo e ou então não há qualquer um dos seus elementos que constituam à “*fattispecie*”.

É certo que, neste caso, deve haver um esforço mental para compreender que o fato impeditivo é algo que está do “lado de fora” da *fattispecie*, e que tem a finalidade de impedir que sejam produzidos os efeitos dos fatos constitutivos.

Eis que é perceptível a grandíssima dificuldade de saber o que venha ser fato impeditivo, se for levado em consideração a norma jurídica. Sendo que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, tem-se a impressão de referida dificuldade chegaria ao ponto final, uma vez que, para a doutrina dominante, por meio da própria regra de experiência do juiz. Contudo, atualmente, conforme visto, estando o processo regido pelos mais amplos debates dos sujeitos da lide, não se pode mais vislumbrar a visão estritamente subjetivista do juiz. A não ser que esteja a regra de experiência em consonância com os princípios básicos da ampla do direito de defesa, do contraditório, do devido processo legal e do sistema dispositivo apresentado, assunto este debatido no item 1.2.

Mas se observado este regramento estático de produção de prova, por demais rígido, tem-se a juiz tal qual um mero observador.

É um comportamento judicial que não pode estar nos conformes do atual estágio da sociedade civil organizada, por ser um grande obstáculo a todos os jurisdicionados terem acesso à justiça. Ou seja, é uma afronta à garantia fundamental constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Em síntese, a regra estática da produção da prova não se coaduna com a natural evolução da complexidade das relações sociais, por ser um entrave ao próprio Poder Judiciário quanto a prestar a atividade jurisdicional sob o manto da celeridade e da eficácia, de acordo com os ditames do art. 5º, inc. LXXVIII⁷⁹, da Carta Magna.

⁷⁹ Art. 5º [...] Inc. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Designadamente, como previamente se anuncia, foi louvável a intenção do legislador ter declinado no novo Código de Processo Civil a sistemática da carga dinâmica da prova.

1.9 Da dinâmica da prova

Viu-se subliminarmente que o Código de Processo Civil de 1973 havia mitigado a atuação do juiz na condução do feito, muito embora prevalecesse o sistema do livre convencimento motivado ou livre apreciação da prova, detalhadamente a incumbir a um dos sujeitos litigantes o ônus da prova para efeito de eliminar o *non liquet*.

O processo tinha início com a provocação das partes (art. 2º)⁸⁰, e que o contorno legal da prova era estatuído pelo art. 333, do Código de Processo Civil⁸¹. Ou seja, era norma padrão às lides de direitos individuais; direitos transindividuais ou coletivo.

Excepcionalmente este rigorismo formal poderia ser quebrado, desde que as partes convencionassem ou fizessem-no por meio de contrato. No que o consenso não poderia se estender a direito indisponível ou tornasse difícil o exercício do direito por uma delas, a par do parágrafo único do art. 333⁸². Dizia respeito à inversão do ônus da prova estritamente convencional.

Disposição idêntica é encontrada no art. 345º, n. 1, do Código Civil português.

Mas ressalta Rui Manuel de Freitas Rangel:

A validade dos contratos probatórios tem sido defendida pela moderna doutrina que entende que os mesmos são válidos, conquanto sejam observados certos limites que decorrem da indisponibilidade do direito em

⁸⁰ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.

⁸¹ Art. 333º. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁸² Art. 333 [...] Parágrafo Único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

causa e do facto da inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito⁸³.

Parte da doutrina mais sintonizada com a realidade social reconheceu que, por a natureza jurídica do processo ser de carácter público, o juiz não deveria permanecer como um simples observador⁸⁴.

Observe-se que esta questão de se ter o juiz como mero observador está reservadamente concentrada naquela condição do mesmo não influir na produção da prova. Obviamente, quanto à valoração da prova, é bem certo que o mesmo tinha a total liberdade de formalizar a sua convicção sob o prisma subjetivo-solipsista, em consonância com as argumentações de Lenio Streck (item 1.5).

De modo que as complexidades das relações sociais a cada momento se acentuam, servindo de mola propulsora aos operadores do direito a buscarem os meios mais atualizados de resoluções dos embates jurídicos e, como exemplo, os juízos arbitrais; tutelas de urgência e evidência.

Para Zaneti⁸⁵, foi a partir desse crucial instante em que passou a tomar corpo, na década de oitenta do século passado, a teoria da carga dinâmica da prova, do argentino Jorge Walter Peyrano.

Tem ela o grandioso mérito de modificar a forma pela qual se interpreta o fenómeno da produção probatória, não apenas sob um aspecto de preenchimento de regras formais e abstratas, mas sempre com a intenção de fazer incidir sobre tais elementos processuais o critério da justiça, numa interpretação avalizada pelos princípios gerais do processo e garantias processuais⁸⁶.

No ordenamento jurídico argentino, essa teoria tem altíssimo grau de abrangência, incidindo-se nas relações jurídicas de acidentes de trânsito, contrato de depósito, contrato de estacionamento, contrato de trabalho, criminal correccional,

⁸³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 191.

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 185.

⁸⁵ Neste sentido, Paulo Rogério Zaneti: “a teoria da prova compartilhada; carga compartilhada; cargas dinâmicas; princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional [...] que [...] vem sendo utilizada pelos tribunais em situações peculiares, especialmente naquelas em que a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do Código de Processo Civil torna difícil, quando ao impossível, o reconhecimento do direito de uma das partes integrantes”. ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116.

⁸⁶ GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 161.

danos e prejuízos, direitos bancários, entidades financeiras, falsificação de cheques, lesão subjetiva, locação de obra, imprensa, responsabilidade contratual, responsabilidade extracontratual, responsabilidade médica, seguridade social, simulação e títulos de crédito⁸⁷.

Por certo que esses contornos persuadiram o legislador pátrio a inserir no Código de Processo Civil de 2015 a tão aclamada dinâmica da prova ou regra da carga probatória no art. 373, parágrafo 1º⁸⁸.

Saliente-se que o instituto jurídico da carga probatória não está reservado à problemática da existência de prova ou não, mas sobre a potencialidade de quem está com melhores condições, singularmente materiais, de, naquele estágio, provar algum fato interessante às partes, que, por sua vez, não foi esclarecido, e, dessa maneira, eliminar o *non liquet*, com a consequente pacificação social por meio da justa prestação da atividade jurisdicional nas lides de direito privado.

A dinâmica da prova alçada no novo Código de Processo Civil está delimitada sob três requisitos básicos, quanto aos sujeitos da lide:

- i) Uma das partes, com relação à outra, detenha conhecimentos técnicos;
- ii) Informações específicas sobre os fatos e ou
- iii) Maior facilidade em sua demonstração⁸⁹.

É uma grande evolução do ordenamento jurídico nacional, por se ajustar à globalização sem limites das interações sociais, até porque, como não dizer, sendo a judicialização dos conflitos sociais uma tendência universal, o Poder Judiciário em nada contribui se os seus julgadores não findarem as celeumas através de decisões de mérito.

O certo é que magistrado jamais deve exigir da parte que ficou com aquele ônus produza prova contra si mesma; contrarie seus interesses e ou então assuma o compromisso de trazer aos autos o conjunto das provas no qual reside o fato litigioso, pena de macular o princípio da isonomia que deve pairar sobre os litigantes.

⁸⁷ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 128.

⁸⁸ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 559.

Em suma, prevalece a relativização da regra dinâmica da prova, por influência daqueles supracitados princípios da cooperação e da coparticipação dos sujeitos da lide, segundo as coordenadas do novo Código de Processo Civil.

É um posicionamento digno de elogio do legislador ordinário, por ter dotado o julgador de poderes suficientes sobre este instituto jurídico. Mas estes poderes não de estar focados nos novos paradigmas no CPC de 2015.

No que são pertinentes os argumentos de Gabriela Soares Balestero⁹⁰, ao ter afirmado que o instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também foco de abuso, de decisões arbitrárias e ativistas.

É bem certo que, muito embora seja o instituto jurídico da inversão do ônus da prova o meio eficiente à resolução da lide, está o julgador na obrigação de valorizar a paridade de armas no processo civil, por meio da garantia da igualdade de tratamento entre as partes.

Argumenta Thiago Azevedo Guilherme:

[...] a teoria da carga dinâmica da prova como mais apta a conciliar os aspectos objetivos e subjetivos do instituto do ônus da prova. Isso pelo fato de que, tanto os aspectos subjetivos dos litigantes (e suas responsabilidades daí advindas) quanto a natureza de norma dirigida ao julgador para evitar o non liquet, em conjunto formam a regra aplicável ao caso concreto⁹¹.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça⁹², mesmo não havendo a previsão legal do supramencionado instituto jurídico no Código de Processo Civil de 1973, sempre reconheceu ser atribuição do juiz a prolação de decisão sobre a flexibilização do ônus da prova. Disso se conclui que inexistia ofensa a qualquer princípio basilar do processo, desde que condicionada àquela elementar situação quanto a quem melhor se apresenta em condições materiais para produzi-la.

⁹⁰ BALESTERO, Gabriela Soares. A inversão do ônus da prova no novo CPC e a discricionariedade judicial. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n. 58, set/dez, 2012, p. 52.

⁹¹ GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 168.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 844281/DF de nº 2016/0013061-2**. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento, 19/04/2016. Dje 27/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505162&num_registro=201600130612&data=20160527&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.

Eis que estando, no presente instante, o julgador dotado de poderes suficientes à condução do processo, não com relação ao livre convencimento motivado, é bom saber em que momento irá ocorrer a produção da prova.

1.10 Do momento da produção da prova

A praxe doutrinária ressalta que o exato instante do juiz sanar o processo é antes do exaurimento da cognição ou instrução.

Prematuramente é de se observar que a denominação “despacho saneador” não se revela apropriada, por nele serem contemplados três atos judiciais cruciais:

- i) reconhece a admissibilidade do processo;
- ii) fixa os pontos controvertidos, delimitando a instrução e
- iii) decide sobre a inversão da distribuição da prova, se for o caso.

Com efeito, o julgador, neste estágio, age com o objetivo de analisar no final toda a prova nele contida.

É uma decisão judicial e não a um mero despacho de expediente, pois é neste ato que existe a eventualidade de uma das partes ser onerada para trazer à colação determinada prova que não lhe era destinada quando da fase de postulação.

Ressalte-se que no novo Código de Processo Civil brasileiro houve a extinção dos procedimentos ordinário ou comum e sumário.

Há um único procedimento, denominado comum, mas permanecem os procedimentos especiais próprios. Para o legislador ordinário, em sendo assim, todas as demandas judiciais são importantes.

Aliás, no Código de Processo Civil 1973 não existia a distinção de valores entre os procedimentos ordinário, sumário e cautelar, senão sobre a complexidade da causa.

Esclareça-se que o rito para a produção antecipada de prova das medidas cautelares do art. 846 do Código de Processo Civil de 1973 não foi deixado de lado

pelo novo Código de Processo Civil. É de se atentar aos artigos 381 a 383⁹³, com a nomenclatura de “produção antecipada de prova”. Diz-se sobre qualquer meio de prova. De modo que, no final, os autos deverão ser entregues ao pretendente, independentemente do ajuizamento de ação principal.

Ao terem sido supridos os citados procedimentos processuais, há presunção de que isto foi causado pela ampliação e criação de novos institutos jurídicos mais eficazes à rápida celeridade da prestação jurisdicional. Podem ser citadas, para tanto, as tutelas de urgência e de evidência, com a inclusão, por seu turno, no ordenamento pátrio dos Juizados Especiais Cíveis através da Lei nº 9.099/95.

Em síntese apertada, é cediço que, a partir da entrada em vigor da Lei de nº 9.099/95, que regula os procedimentos processuais dos juizados especiais cíveis estaduais, houve um acesso significativo ao judiciário da camada social menos favorecida economicamente e, conseqüentemente, maior conscientização dos cidadãos que nela estão inseridos à reivindicação da reparação dos seus direitos ultrajados, com reflexo no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, tendo como procedimento processual os parâmetros da celeridade, informalidade, oralidade e simplicidade (art. 2º).

O objeto das demandas judiciais dos juizados especiais cíveis, por terem valores módicos, se comparados com o que tramitam na justiça comum, não era tentador para que os seus autores intentassem ação judicial por essa via procedimental, mesmo sob a luz do procedimento sumário, em decorrência da morosidade da justiça e o alto valor pecuniário dos emolumentos e taxas judiciárias, e da sucumbência que daí poderia advir.

Eis que o princípio da efetividade⁹⁴, neste contexto, é de imensurável valia, uma vez que o procedimento judicial posto à disposição daqueles (Lei nº 9.099/95) é simples, cuja demanda, na sua grandíssima maioria, se circunscreve a direito de consumidor e sem qualquer custo financeiro paralelo. Ou seja, o trâmite processual decorre sob o auspício da gratuidade judiciária.

⁹³ Art. 383: Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo Único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

⁹⁴ Neste sentido, Elpídio Donizetti: “[...] todos têm o direito de ver assegurado, no processo, o bem jurídico que reivindicam. Àquele que tem razão, o processo deve garantir e conferir, na medida do possível, justamente o bem da vida a que ele teria direito se não precisasse se valer do processo [...]”. DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 85.

É um procedimento que difere essencialmente do que está previsto no novo Código de Processo Civil, conforme consta a seguir.

1.10.1 Do procedimento comum no NCPC

Antes da formação do processo propriamente tido, é, pois, tarefa exclusiva do conciliador ou mediador a designação da audiência prévia, denominada “conciliação ou de mediação”, com antecedência mínima de 30 dias, (art. 334, do CPC)⁹⁵, se a lide for de direito disponível.

As partes são intimadas e citadas no que, a partir deste estágio, o demandado tem o prazo de 15 (quinze) dias para se opor à pretensão do autor, se a conciliação não for sucedida.

Este ato poderá se tornar ineficaz por dois motivos: “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e II – quando não se admitir a autocomposição” (art. 334, p. 4ª, incs. I e II, do CPC).

O legislador pátrio valorizou a audiência prévia talvez sob a influência no que vem ocorrendo naqueles Juizados Especiais Cíveis, Lei nº 9.099/95⁹⁶.

Como consequência da audiência prévia, é tarefa do magistrado, *ex officio*, impor multa àquele que deixar de comparecer ao ato sem motivo justificado. Aliás,

⁹⁵ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

⁹⁶ No artigo da lavra da eminente doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, com base na pesquisa realizada na 2ª Vara do Juizado Especial Cível, adjunto à FDV – Faculdade de Direito de Vitória-ES, pela Professora Cristina Grobério Pazzó e pelo Acadêmico Daniel Mazzoni, malgrado enfatizar que a natureza dos conflitos entre os juizados especiais cíveis e a justiça comum seja diferente, chegou à conclusão de que “a lição extraída da pesquisa realizada junto à 2ª Vara do Juízo Especial Cível de Vitória não pode ser ignorada. Vale a pena investir na obrigatoriedade da audiência de conciliação na Justiça comum, e só após a introdução desta prática é que poderão saber quantos casos, em que as partes não estavam inclinadas a transigir, acabaram efetivamente com um acordo”, pois, com base na pesquisa, “36% tiveram sua intenção modificada no momento da audiência de conciliação”. A pesquisa referida tem como base o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna de 1988, ao preceituar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Obrigatoriedade da audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma lição para o processo comum. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 72, jul./ago, 2011, p. 60.

esta conduta pode ser interpretada como desidiosa, por ser “ato atentatório à dignidade da justiça” (art. 334, § 8º, NCPC).

Em momento anterior, segundo o Código de Processo Civil de 1973, a audiência referida tinha dupla finalidade: a possível conciliação entre as partes e, uma vez a mesma se tornando infrutífera, havia lugar a prolação do saneador com a respectiva indicação dos pontos controvertidos a serem apreciados na audiência de instrução e julgamento.

O julgador deveria decidir sobre questões pendentes para determinar, ao final, quais provas seriam úteis à formação de sua consciência (art. 331, § 2º, CPC)⁹⁷. Urge analisar os itens 1.2. e 1.3., dada a limitação do alcance da produção das provas pelos sujeitos da lide e da superação do livre convencimento motivado.

O novo Código de Processo Civil houve reforço do saneamento do processo e nele há o dispositivo sobre a distribuição do ônus da prova (art. 357, inciso III)⁹⁸.

O julgador, portanto, não pode se esquivar de reconhecer este instituto jurídico, se por acaso estiver diante alguma dúvida, conforme visto, desde que o faça por meio de “decisão fundamentada”, pois cabe à parte que ficou com este encargo, no prazo legal de 10 (dez) dias, se desincumbir de produzi-la e ou, se assim desejar, interpor o recurso de Agravo de Instrumento, com finalidade de reverter este ato judicial.

Enfim, estes contornos gerais sobre a prova se adequam a todos os ramos do direito. E que nas lides de natureza consumerista, se for ter como referência o ordenamento jurídico pátrio, há certas peculiaridades que serão apresentadas no próximo capítulo.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 out. 2013.

⁹⁸ Art. 357 - Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

2 A PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Conceito de consumidor

Há definição de consumidor em quatro dispositivos diferentes do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente no art. 2º, caput e parágrafo único; art. 17 e art. 29.

Em pormenores, no art. 2º, caput, o consumidor é caracterizado como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço. O dado essencial reside na questão do mesmo ser o destinatário final.

Neste mesmo dispositivo, especificamente no Parágrafo Único, há o consumidor, coletividade de pessoas, ainda que intermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

No art. 17, consumidor é toda vítima do evento danoso, na responsabilidade civil por acidente de consumo. Enquanto que no art. 29, consumidores são todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V, do Título I (Das Práticas Comerciais).

A doutrina resolveu conceber essas definições, exclusivamente por meio das teorias denominadas “finalista e maximalista”⁹⁹.

Neste caso, na finalista, como o próprio nome expressa, há concepção de consumidor de forma limitada, ou seja, o adquirente do produto ou serviço para consumo próprio ou de sua família, e que, dessa forma, restringe o campo de atuação do Código de Defesa do Consumidor.

A maximalista, por sua vez, engloba no rol de consumidor como toda pessoa física ou jurídica, até as indústrias de bens e serviços, que adquire produto ou serviço, independentemente do consumo final.

Ora, estas teorias são flagrantemente opostas, de modo que, com o passar do tempo, não lograram êxito na consolidação dos seus objetivos, especificamente

⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ao enquadramento no respeito à concepção de consumidor e, com, ficar consolidado entre os operadores do direito.

O certo é que Cláudia Lima Marques¹⁰⁰, por ter se integrado inicialmente à corrente finalista, compreendeu que, com o declínio da teoria maximalista, em razão da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, e, acima de tudo, do entendimento dos tribunais, predominam os contornos da atual definição de consumidor, sob o manto teórico do “finalismo aprofundado”.

No entanto, neste particular, a par do REsp 1162649/SP, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, DJe 18/08/2014, tem o consumidor sob a diretriz do artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰¹. Julgado este, que, em verdade, limita indubitavelmente o limite de alcance das normas do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não se deve aceitá-lo.

Eis que o dado essencial à exata caracterização do que venha consumidor está afeito à desigualdade (material) que sempre é constatada em todo negócio jurídico desta espécie, tendo como pano de fundo a vulnerabilidade prevista no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor¹⁰².

A propósito, para efeitos didáticos, em conformidade com Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁰³, foi nos Estados Unidos da América, em 1916 e na Grã-Bretanha em 1932, que surgiram os primeiros passos para obrigar os fornecedores a serem diligentes, de modo que passaram a assumir os riscos de atividade (*duty of care*).

Estabeleceu-se, portanto, a responsabilidade objetiva dos fornecedores, com a inversão do ônus da prova, independentemente de terem agido com imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

¹⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1162649/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, DJe 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/134004822/recurso-especial-n-1162649-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁰² Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁰³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003, p. 201.

Em circunstância do ordenamento jurídico brasileiro, o termo consumidor veio fazer parte da esfera jurídica nacional, com a reintrodução do Estado Democrático de Direitos, após o advento da Constituição Cidadã de 1988, segundo se constata nas Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰⁴, art. 48, por haver a determinação da criação do Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais a ele dispostos.

Tão somente Portugal; Espanha; Reino Unido e Brasil trazem nos seus ordenamentos jurídicos a definição de consumidor¹⁰⁵.

Na Lei de Consumo de Portugal, há traços nítidos da teoria da finalidade (art. 2º da Lei nº 24/96¹⁰⁶, de 31 de Julho. Inclusive, a anterior Lei de nº 29/81, de 22 de Agosto), não havia dúvida neste aspecto.

Na verdade, há lacuna sobre quem deve ostentar essa condição de consumidor, deixando entender que pode ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica, ou seja: “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos [...]” (art. 2º, nº 1, da Lei 24/96, de 31 de julho)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2013.

¹⁰⁵ LIZ, Jorge Pegado. **Introdução ao direito e à política do consumo**. Lisboa: Editora Notícias, 1999, p. 185.

¹⁰⁶ Art. 2º, da Lei nº 24/96, de 31 de julho:

1 – Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios.

2 – Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresa de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

¹⁰⁷ Neste sentido, Marcelo Junqueira Calixto: “[...] na Europa diversas leis regulam matérias relativas ao consumo (leis sobre cláusulas abusivas, leis sobre acidentes de consumo [...]), fornecendo conceitos nem sempre coincidentes de consumidor ou simplesmente deixando de o conceituar. Assim é que Thierry Bourgoignie afirma que nas leis europeias se tem privilegiado dois tipos distintos de abordagem: uma subjetiva e outra negativa. A primeira limita-se a afirmar o uso privado de um bem para que se considere determinada pessoa como consumidora; a segunda simplesmente afirma que consumidor é o não profissional (ver Cláudia Lima Marques)”. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produto pelos riscos de desenvolvimento**. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 30-31.

2.2 Conceito de fornecedor

Diz-se na doutrina que inexistente consumidor sem antes haver um fornecedor. Por isso que este assume na relação jurídica de consumo papel de singular importância, por a lei consumerista reconhecer que o mesmo é detentor de conhecimentos imprescindíveis sobre os bens e serviços que são postos em circulação no mercado.

Eis que fornecedor é uma pessoa natural ou física, um ente despersonalizado, como a massa falida; sociedade irregular; sociedade de fato ou pessoa jurídica de Direito Público, independentemente da obtenção de lucro (art. 3º, do CDC)¹⁰⁸.

Na jurisprudência, há fornecedor sob o ângulo objetivo, segundo o Eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 519.310/SP – Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.04.2004¹⁰⁹.

Outrossim, a Quarta Turma dessa colenda corte tem igual posicionamento, em conformidade com o voto do Rel. Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1176000/PR. J. 10.03.2016, Dje. 05.04.2016¹¹⁰.

Nestas linhas gerais sobre as características de consumidor e fornecedor, em razão de não haver outra pretensão a fazer, almeja-se, logo abaixo, trazer à tona a atividade jurisdicional atrelada à produção das provas por aqueles sujeitos – consumidor e fornecedor – quanto à efetivação da convicção do juiz, nos moldes da ampla defesa e do contraditório, mais especificamente sobre a dinâmica da prova, exclusivamente com base no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 519.310/SP (2003/0058088-5)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJ 24/05/2004, p. 262. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/0CtqtlSce2QsyeyQsGEcMw/hBZovPqexjUwQHZ4H0hH0w/REsp_519.310_-SP.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1176000/PR (2010/0009377-4)**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 10.03.2016, Dje. 05.04.2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339857612/recurso-especial-resp-1176000-pr-2010-0009377-4/inteiro-teor-339857634>>. Acesso em: 02 set. 2016.

2.3 Da dinâmica da prova no CDC

Em primeira mão, é de ser salientado que existe no Código de Defesa do Consumidor, microssistema jurídico, normas de direito material e de direito processual, e que há muito esse diploma legal havia instituído o instituto jurídico da inversão do ônus da prova nos respectivos art. 6º, inc. VIII¹¹¹ e no art. 38¹¹².

Quanto às normas de direito material e de direito processual, é tarefa um tanto quanto difícil fazer uma exata separação delas¹¹³. Em termos genéricos, as de direito processual estão relacionadas à previsão do ônus da prova.

Estar-se a falar da teoria da norma de Rosenberg: ao autor cabe o ônus de provar os elementos constitutivos dos seus direitos e ao réu, os fatos modificativos; extintivos ou impeditivos dos direitos daquele, conforme exposto no item 1.7.

No concernente à inversão do ônus da prova, está ela nas normas de direito material, pois tem como fim a proteção do direito material do consumidor em juízo. Havendo nela dois comandos normativos, com significativo efeito prático:

- a) O primeiro, vinculado à facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo. De amplitude em todo sistema jurídico, tanto no âmbito de direito substancial quanto no direito processual.
- b) O segundo, de linde processual, destina-se ao juiz, face à sua prerrogativa de exarar a decisão sobre a inversão do ônus da prova.

Tem-se, pois, a inversão do ônus da prova *ope judicis*, estando sua meta centrada em assegurar ao consumidor a facilitação de defesa dos seus direitos em juízo, garantindo, assim, o princípio da igualdade substancial para com o

¹¹¹ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

¹¹² Art. 38º O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹¹³ Neste sentido, Cíntia Rosa Pereira Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco: “[...] é difícil fazer uma separação de tais normas de forma absoluta, pois uma influi na outra reciprocamente. Assim, em tese, as regras de ônus da prova são de direito processual; porém, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC é crucial para se reconhecer o próprio direito material a que o consumidor pleiteia”. LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104, p. 310-311.

fornecedor.¹¹⁴ E a *ope legis*, a par no art. 38¹¹⁵, de modo a se destinar ao patrocinador quanto à responsabilidade de provar a veracidade da mensagem publicitária do produto ou serviço. Segundo Watanabe.¹¹⁶ Deve ser observada a posição das partes no processo, quanto para quem será beneficiado com essa regra.

Ou seja, se o patrocinador postula em juízo tutela jurisdicional para obter decisão declaratória à veracidade da informação ou comunicação publicitária, não haverá, nesta hipótese, inversão do ônus da prova, de modo a incidir-se o regramento do art. 373, I, do Código de Processo Civil. O ônus da prova é ato exclusivo do patrocinador.

Por outro lado, se o patrocinador se posicionar defensivamente na lide quanto a ir de encontro à pretensão do consumidor, no sentido deste argumentar sobre a inveracidade ou incorreção da informação publicitária, haverá a inversão do ônus da prova, visto sob o ângulo do Código de Defesa do Consumidor, enquanto pela regra do Código de Processo Civil, este ônus caberia ao consumidor.

Diga-se que existe uma correlação direta do art. 38, do Código de Defesa do Consumidor, com o art. 36 deste mesmo diploma legal. Em assim sendo, “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Parte da doutrina entende que nessa inversão do ônus da prova *ope legis* devem também ser consideradas as regras do art. 12, § 3º¹¹⁷ e art. 14, § 3º¹¹⁸, por

¹¹⁴ Neste Sentido, Antonio Gidi: “A inversão do ônus da prova não é um ‘direito básico do consumidor’. O direito outorgado ao consumidor, pelo inc. VIII do art. 6º do CDC, ‘como direito básico’, é à facilitação da defesa dos seus direitos em juízo: a inversão é, tão somente, um meio através do qual é possível promover tal facilitação”. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995, p. 584.

¹¹⁵ Art. 38, do CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 732.

¹¹⁷ Art. 12º. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador não só será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro.

nelas constar a obrigação do fornecedor de provar a inexistência do defeito do produto ou serviço posto à disposição do consumidor.

O fato é que estes dispositivos legais, segundo o próprio texto prevê, estão sob a nomenclatura de excludente de responsabilidade.

Ora, se for levada a efeito uma interpretação linear desta lei, não se pode chegar à conclusão de que se refira à inversão do ônus da prova (*ope iudicis*), calcada nas elementares o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Daí serem plausíveis os argumentos apresentados por Cíntia Rosa e Livia¹¹⁹, por entenderem que essas hipotéticas excludentes de responsabilidade, ao invés de pertencerem ao agrupamento de inversão do ônus da prova, *ope legis*, com fundamento no art. 38, se encaixam perfeitamente no instituto jurídico daquela regra tradicional do ônus da prova, já exaustivamente apreciada no presente trabalho, do art. 373, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil.

Logo, se o fornecedor do produto ou serviço não cumprir as citadas determinações legais, quer dizer, se não se desincumbir de trazer aos autos prova robusta para corroborar com a sua assertiva, incide-se efeito material decorrente desta desídia, de tal maneira a fortalecer a pretensão da parte autora, no caso o consumidor.

Em contrapartida, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada contra o consumidor, tampouco deve existir cláusula contratual neste sentido, pena de ser eivado de vício absoluto o negócio jurídico firmado pelas partes. Considera-se, portanto, como cláusula abusiva, de acordo os ditames do art. 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, Lei de nº 8.078/90¹²⁰.

Saliente-se que existe diferença substancial entre o instituto jurídico da inversão do ônus da prova do novo Código de Processo Civil de 2015, no art. 373, e

¹¹⁸ Art. 14º O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor.

¹¹⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104.

¹²⁰ Art. 51º. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

o instituto jurídico da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor ora em análise.

Para que este fenômeno excepcional se perfaça, sob a égide do novo Código de Processo Civil, é necessária a prolação de uma decisão interlocutória, com vistas a ser aferido qual das partes litigantes ostenta melhor condição de suportar o ônus de provar um fato ou fatos imprescindíveis à resolução do mérito da causa pelo julgador, sempre com observância aos seguintes critérios:

- i) uma das partes, com relação à outra, detenha conhecimentos técnicos;
- ii) informações específicas sobre os fatos e ou
- iii) maior facilidade em sua demonstração.

Contudo, deve o juiz fundamentar a antedita decisão, sem que seja estruturada de sob o ângulo do subjetivismo-solipsista, mas com base no que foi apresentado no processo pelas partes litigantes, item 1.3.

Quanto à lide consumerista, a intervenção judicial, quer dizer, a decisão judicial, malgrado seja de caráter valorativo, também aqui sem qualquer cogitação sobre a consciência do julgador, é fixada na avaliação sobre a hipossuficiência do consumidor e ou verossimilhança do alegado, ficando longe qualquer indagação sobre quem melhor se apresenta para suportar o encargo probatório naquele momento.

Em miúdos, referidas decisões trazem no seu bojo substratos totalmente diferentes. Uma vez que a de caráter consumerista está reservada à antedita facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.

Contudo, conforme visto, o julgador, em hipótese alguma, não pode deixar à via secundária os princípios da ampla defesa e o princípio do contraditório, mesmo a controvérsia se cingindo a direito do consumidor. Inclusive sendo um direito de ordem pública¹²¹, com enorme carga de interesse social (art. 1º, da Lei nº 8.078/90), sob a nomenclatura de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de

¹²¹ Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

1988 (art. 5º, XXXII)¹²² e também como princípio limitador da livre iniciativa, segundo o art. 170, V¹²³.

Se postos em observação os mencionados princípios, não se estaria a falar de uma mera discricionariedade do juiz, para efeitos de efetivação da inversão do ônus da prova no direito do consumidor, mas sim de um ato judicial que tem o objetivo de orientá-lo sobre a melhor decisão que deverá ser exarada com vistas ao enfrentamento da matéria objeto da lide.

Eis que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é caracterizada pela doutrina como sendo *ope iudicis*, no que traz no seu bojo elementos estruturais que serão expostas abaixo para sua melhor compressão.

2.3.1 Requisitos da inversão do ônus da prova no direito do consumidor

Ao se fazer uma análise pormenorizada do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, emergem os seguintes requisitos:

a) Refere-se a uma relação jurídica de consumo.

Genericamente, os elementos da relação jurídica de consumo são os sujeitos, o fornecedor e o consumidor, tendo como objeto, os produtos e serviços, e como finalidade, centra-se no elemento teleológico, se for considerado o dispositivo do art. 2º, *caput*. Quanto a ser o consumidor qualificado como destinatário final, característica esta há muito superada (item 2.1.).

Ocorre, todavia, que, apesar dos elementos constitutivos extrínsecos sejam os sujeitos (passivos ou ativos); o objetivo (mediato ou imediato); o fato jurídico e a

¹²² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹²³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor;

garantia do direito de ação, elementos estes que também se referem à relação jurídica de direito privado, o fator preponderante que distingue a relação jurídica de consumo está vinculado ao efeito jurídico entre estes sujeitos, quais sejam, consumidor e fornecedor.

Significa que o consumidor se submete aos domínios do fornecedor. É por essa razão que o legislador pátrio fez reconhecê-lo como vulnerável, a par do art. 4º, inciso do Código de Defesa do Consumidor¹²⁴.

De igual posição, essa é a postura do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, no REsp 1280211/SP da lavra do Ministro Marco Buzzi, da Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014, diante das cláusulas abusivas de aumento das mensalidades de plano de saúde, por força da mudança de faixa etária, oriundas de contrato de adesão¹²⁵.

É inconteste que o fornecedor tem o total domínio das tratativas, sem dispensar a mínima chance ao consumidor de fomentar negociações paralelas, com resultados consideráveis na defesa dos seus direitos em juízo.

Há doutrinadores que aludem que, de fato, não se deve desviar o foco do elemento que tem o condão de distinguir a relação jurídica de consumo que está assentada tão somente finalidade teleológica consubstanciada no art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor¹²⁶.

b) Trata-se de uma facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo

Designadamente, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor, é uma exceção à regra do estabelecido no art. 373, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil.

Contudo, para que ela venha à tona, é da estrita responsabilidade do consumidor a demonstração da impossibilidade de produzir determinada prova do

¹²⁴ Artigo da Lei de nº 8.078/90 já anteriormente citado.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1280211/SP (2011/0220468-0)**. Rel. Min. Marco Buzzi. Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408127/recurso-especial-n-1280211-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

¹²⁶ Neste sentido, Nelson Nery Júnior: “A chave para identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinatário final, ao consumidor, do produto ou serviço”.
NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**. n. 18. Ano 5. Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2004, p. 224.

fato constitutivo do direito pleiteado, para que esta incumbência seja transferida ao fornecedor.

Não é, portanto, qualquer argumentação que tem o condão de ensejar a inversão do ônus da prova: se o consumidor demonstrar em juízo que esta demandará maiores esforços acima do padrão normal esperado, essa justificativa motivará o julgador a decidir de forma contrária ao pleito perseguido.

Em suma, há de ser concorde com Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹²⁷, ao ter dito que a inversão do ônus da prova se aplica sobre fatos determinados, mais especificamente nos que dão base à hipossuficiência do consumidor, por exemplo.

c) Tem como escopo uma decisão judicial

Em observância ao dispositivo do art. 6º, inc. VIII¹²⁸, do Código de Defesa do Consumidor, há os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência do alegado, em homenagem à facilitação da defesa do direito do consumidor em Juízo, de maneira que esta norma prevê que estes requisitos dependam das máximas de experiência do magistrado para que sejam validadas.

Neste contexto, se for constatado que o consumidor é hipossuficiente e sua alegação é verossímil, haverá decisão judicial fundamentada, por exigência do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Este ato judicial, por não ser uma mera discricionariedade e, conseqüentemente, não ocorrer automaticamente, ou seja, *ex vi legis*, é caracterizada pela doutrina como *ope judicis*.

Inclusive, a quem defenda que o juiz, uma vez diante dos referidos requisitos, poderá decidir sobre a inversão do ônus da prova, *ex officio*¹²⁹.

¹²⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 917, mar. 2012, p.183.

¹²⁸ Art. 6º, VIII, do CDC: "São direitos básicos do consumidor: [...] VIII: a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

¹²⁹ Neste sentido, José Carlos Maldonado de Carvalho: "[...] partindo-se do pressuposto que a ratio essendi da norma é a busca do reequilíbrio da relação de consumo, tem o juiz poder-dever de intervir na instrução do processo". CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. **Revista do Consumidor**. n. 46, Ano 12, Editora Revista do Tribunais, jul.-set. 2003, p.249.

Ora, a partir do instante em que o ordenamento jurídico nacional, em razão do advento do novo Código de Processo Civil, vem passando por mudança radicais de paradigma, como, por exemplo, a extinção do livre convencimento motivado ou da livre apreciação da prova (item 1.3.), mesmo sabendo que um dos focos da inversão do ônus da prova é o efetivo acesso à Justiça pelo consumidor, no sentido de haver a plenitude da defesa dos seus direitos em juízo, sendo este direito qualificado como de ordem pública, a par do art. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, é custoso aceitar que o julgador possa decidir sobre a inversão do ônus da prova, sem que seja por provocação do consumidor/autor. É bem certo que deve imperar o princípio dispositivo.

d) Classifica o consumidor como hipossuficiente

Diz-se que o requisito da hipossuficiência – diferente do que ocorre com o critério da verossimilhança do alegado – em verdade, é a causa de inversão do ônus da prova que está, portanto, vinculado ao monopólio da informação, principalmente no entendimento daqueles doutrinadores que excluem a verossimilhança como um dos elementos da inversão do ônus da prova.

Noutros termos, ele surge da impossibilidade de esclarecimento referente à relação de causalidade do fato do produto ou serviço a cargo do consumidor.

Outro aspecto basilar que traz no seu bojo divergência doutrinária reside na condição da hipossuficiência do consumidor ser de ordem econômica, tão somente.

Esse entendimento por muito tempo foi defendido por Kazuo Watanabe¹³⁰, sob a assertiva de que, uma vez demonstrando o consumidor que não tem recursos financeiros a arcar com as despesas processuais, ao pleitear aos auspícios da Lei nº 1.060/50, Lei da Assistência Judiciária Gratuita, a hipossuficiência se perfaz automaticamente.

Referido autor não mais defende essa visão limitadora, por força da caracterização da hipossuficiência poder advir de diversos aspectos, como por exemplo, o consumidor que, ao adquirir um automóvel que venha apresentar defeito no motor, e, ao demandar em juízo, se fosse levado a efeito tão apenas no que

¹³⁰ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 734.

consta no art. 2º, Parágrafo Único do Lei nº 1.060/50, seria prontamente verificado que o mesmo teria condições financeiras suficientes em suportar o pagamento das custas processuais e, conseqüentemente, não seria considerado hipossuficiente, até porque, segundo alega, não foi isto que o legislador não quis dizer.

Ou seja, para o mencionado autor, existe ao fabricante uma situação de vantagem, por o mesmo deter uma gama enorme de informação técnica sobre o bem que foi posto no mercado de consumo, no que está, neste caso, com melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação daquele produto.

Esse ponto de vista há muito foi superado: a jurisprudência consolidou que a hipossuficiência do consumidor tanto pode ser de ordem econômica; técnica ou jurídica. Inclusive, o próprio Watanabe¹³¹ adequou seus argumentos nessa nova realidade.

Não há como aceitar que a hipossuficiência do consumidor esteja limitada a uma dessas situações, isoladamente, pois, em certas ocasiões, embora o consumidor seja detentor de recursos financeiros suficientes em arcar não só com as custas do processo, como também vir a juízo por meio de causídico particular, falta-lhe o conhecimento técnico ou jurídico, por consequência de algum dano advindo pelo fato do produto ou de serviço.

Ora, não poderia haver a inversão do ônus da prova, sabendo-se que é o fornecedor que detém todos esses conhecimentos específicos do produto ou serviço?

O Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 1.195.642/RJ Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.11.2012. Dje 21.11.2012¹³², reconhece que a hipossuficiência pode ser técnica; científica e fática ou econômica.

Ressalte-se por outro lado que, muito embora o art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, elenque como uma das características do consumidor aquela vulnerabilidade, não significa que esta tenha a mesma carga semântica de hipossuficiência, malgrado estarem estes dois requisitos lastreados nas limitações econômicas, técnicas ou jurídicas do consumidor.

¹³¹ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1.195.642/RJ (2010/0094391-6)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J.13.11.2012. Dje 21.11.2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>>. Acesso em: 02 set. 2016.

O certo é que em toda relação jurídica de consumo, o consumidor sempre ostenta vulnerabilidade. Mas a doutrina não é unânime em aceitar que esta qualificação seja igual para o consumidor pessoa física e o consumidor pessoa jurídica.

Por isso que se diz que, com relação ao consumidor pessoa física, a vulnerabilidade é absoluta (*iures et de iure*) e ao consumidor pessoa jurídica, é relativa (*iures tantum*). Nessa linha de raciocínio, o consumidor pessoa física é dito como consumidor final, por adquirir bens e serviços para uso próprio ou de sua família. O consumidor pessoa jurídica é qualificado como intermediário em razão de adquirir bens de consumo para uso profissional.

Claudia Lima Marques¹³³ defende que citada vulnerabilidade pode ser “técnica, jurídica e fática”. Pode ocorrer a “vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional”.

A vulnerabilidade técnica tem o condão de demonstrar que o consumidor não detém conhecimento técnico suficiente relativo ao produto ou serviço adquirido, ficando este fato exclusivamente a cargo do produtor.

A vulnerabilidade jurídica, conforme o próprio nome já diz, representa a condição do consumidor de não deter conhecimento técnico jurídico suficiente, podendo ficar na iminência de sofrer revezes negativos em sua vida, se porventura o negócio jurídico efetivado não atingir a meta que estava visando, por exemplo.

A vulnerabilidade fática, há o consumidor com inegável grau de desvantagem, diante de um fornecedor de produto ou serviço que ostenta, por sua vez, o regular monopólio, sem que aquele tenha qualquer outra opção, a não ser se sujeitar aos mandos deste.

e) Condiciona a alegação à verossimilhança

É importante esmiuçar detalhadamente sobre as características delimitadoras sobre o requisito da verossimilhança, no sentido de verificar se esta é ou não o pressuposto da inversão do ônus da prova, em virtude de haver divergência doutrinária a respeito.

¹³³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 94

Em primeiro lugar, é correto afirmar que a verossimilhança é semelhante à verdade. Significa que, ser verdadeiro, não se confunde com a aparência de verdade.

Daí a verossimilhança conter algumas nuances que podem ser confundidas com verdade. De modo que, segundo a lei, se exige do julgador um esforço mental para se debruçar nesta temática, sempre com base em suas regras ordinárias de experiência (art. 6º, Inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Neste diapasão, se for concebido que nenhuma decisão da lavra do julgador deve partir do rigorismo pessoal, mas sim calcado nos argumentos e fatos da lide, não se pode ficar inerte para que seja aceita que prevalecem as regras de experiência, naturalmente.

Em segundo lugar, por isso que se diz que a verossimilhança constitui um elemento da valorização do juiz (regra de juízo) e não de julgamento¹³⁴. Eis que esta ocorrência não induz o magistrado a aceitar o fato como provado, mas tão somente como provável ou que contenha probabilidade, e, conseqüentemente, haver a possibilidade da inversão do ônus da prova¹³⁵.

A verossimilhança engloba, para sua compreensão, três fatores:

- i) É resultante da análise probatória contida nos autos;
- ii) Há presunção por parte julgador e
- iii) Está também atrelado ao julgador, das regras ordinárias de experiência, conforme acima apresentado. Contudo, sempre calcadas nos fatos.

Ora, o requisito da verossimilhança se circunscreve à perspectiva de cunho relativo: pode ser aceito por determinado julgador de modo totalmente oposto do outro. Contudo, não haverá distorção gritante a respeito.

¹³⁴ Neste sentido, Antonio Gidi: "Perceba-se que isso não faz da sentença, propriamente uma decisão por verossimilhança. A mera probabilidade do fato alegado pelo consumidor não autoriza o magistrado a decidir em seu favor, mas apenas a inverter o ônus da prova". GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995, p. 585.

¹³⁵ Neste sentido, Kazuo Watanabe: "Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiências e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma parte. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, ao menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova". WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 733.

Antonio Gidi¹³⁶, para demonstrar que a verossimilhança é também base para efeitos de concessão da inversão do ônus da prova, acentua que qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um Shopping Center luxuoso, requerendo, preliminarmente, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências deste centro de compras e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal.

Para citado exemplo, qualquer juiz jamais iria aceitar como verossímil tamanha assertiva, vez que chegaria à exata conclusão de que a condição econômica do infeliz mendigo não daria a este a possibilidade de se tornar proprietário de citados bens de consumo.

Eis que, para atingir este veredito, não há necessidade da exigência de regra de experiência. É um dado fático sobremaneira previsível.

Ou seja, nestes moldes, a verossimilhança do alegado é fato concreto a ser constatado nos autos, para efeito de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

2.4 Verossimilhança e hipossuficiência são requisitos cumulativos ou alternativos?

O texto da lei faz alusão, para efeito de inversão do ônus da prova, à comprovação do requisito da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor, de maneira a existir certa celeuma doutrinária quanto a ser esta partícula “ou” é de cunho exclusivo.

Em pormenores, para parte da doutrina, a regra jurídica é óbvia: no art. 6º, VIII, há constatação de que basta tão somente um desses requisitos.

Logo, a hipossuficiência do consumidor é a única condição que deve ser considerada pelo julgador.

¹³⁶ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995.

Para Eduardo Cambi¹³⁷, se for observado o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova se perfaz, acaso o magistrado verifique, no caso concreto, a presença dos requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança ou a hipossuficiência do autor da demanda. Atente-se, portanto, que a conjunção é alternativa; logo, não expressa adição, mas opção entre duas coisas independentes e autônomas.

Ora, conforme ficou descrito nas linhas anteriores sobre o exemplo ilustrativo da lavra de Antonio Gidi¹³⁸, é custoso aceitar que a verossimilhança do alegado também não seja essencial à consubstanciação do advento da inversão do ônus da prova.

2.5 Momento da inversão do ônus da prova de acordo com o CDC

Um dado de extraordinária importância, e por sinal de muita controvérsia, é saber em que momento deve se ocorrer a efetivação do instituto jurídico da inversão do ônus da prova, na esfera da relação jurídica consumerista. Sabendo-se, por outro lado, que a Lei de nº 8.078/90 é omissa neste sentido.

Daí socorrer o julgador ao procedimento processual do Código de Processo Civil para tanto.

É inegável que o ato processual da inversão do ônus da prova é de caráter extraordinário, por se atribuir esta incumbência a uma determinada parte (fornecedor) que, por sua vez, não se encontrava com tal encargo.

Ordinariamente estaria o consumidor/autor com o dever de produzir todas as provas à constituição dos seus direitos pretendidos. Por reverso, caberia àquele réu/fornecedor produzir as provas atinentes aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele. A prova está calcada em sua dinâmica clássica à luz do art. 373, I e II, do novo Código de Processo de 2015, de acordo, outrossim, com o art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

¹³⁷ CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegéticos do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista dos Tribunais**, v. 127. Ano 30. Set. 2005, p. 103.

¹³⁸ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995

Então, ao fornecedor nada foi imposto até então. Em contrária medida, caberia ao autor/consumidor o encargo de trazer aos autos prova imprescindível do fato constitutivo do seu direito.

Mas toda divergência emerge a partir do instante em que, em determinadas ocasiões, estará o consumidor na impossibilidade de produzir alguma prova do seu direito alegado, em razão não só da supracitada hipossuficiência e também, conforme entendido, da verossimilhança do alegado, vindo a lhe amparar, para a facilitação desse seu direito de defesa, o mandamento do art. 6º, inciso VIII, já prontamente analisado.

Daí terem surgido divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a que momento processual, em realidade, se perfaz a decisão judicial respeitante à inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

São três as correntes que tratam da questão:

- i) A primeira diz que este fato ocorre tão apenas no julgamento da lide. Trata-se, portanto, de uma regra de julgamento. Se porventura adveio dúvida ao magistrado, é porque o conjunto probatório a cargo dos sujeitos da lide, na instrução do feito, tornou-se infrutífero à exata formação da convicção daquele.
- ii) A segunda assegura que a inversão do ônus da prova se perfaz na fase do despacho saneador, após o recebimento da inicial pelo julgador, antes da citação do fornecedor.
- iii) A terceira sustenta o argumento de que este fato pode ocorrer no instante em que o julgado exara despacho de recebimento da inicial, na fase da audiência preliminar.

Mas é bom ressaltar que, seja no despacho saneador seja no despacho inicial, antes da citação do demandado/fornecedor, este ato judicial ocorre por meio de uma regra de procedimento, havendo divergência doutrinária, neste particular, conforme a seguir exposto.

2.5.1 A inversão do ônus da prova no momento do julgamento da lide

Watanabe¹³⁹ parte do princípio de que a inversão do ônus da prova, por ter lastro fundamental na supracitada regra de juízo, diz que este ato judicial é concretizado tão apenas no instante do julgamento da demanda. Ou melhor, é uma regra de juízo que tem como finalidade orientar o julgador quando diante de um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. É que esta é a condição fundamental posta às partes quanto à atividade probatória.

Ademais, afirma que a efetiva habilitação do juiz, quanto se considerar preparado a julgar o mérito da causa, é conclusiva no final da instrução do feito, de modo que é daí que irá perceber se está ou não diante do *non liquet*.

Dentro desta linha de raciocínio, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴⁰ apregoa que se o juiz não tiver formado convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos, no momento de sentenciar, as regras do ônus da prova lhe vêm em socorro, permitindo que ele alcance o conteúdo da decisão a ser proferida em tal situação excepcional.

Esta também é a via adotada pela Terceira Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, a Min. Nancy Andrighi, no REsp de nº 422778/SP¹⁴¹, de 19/06/2007, reconheceu que, estando devidamente comprovados o dano; o ato ilícito e o nexo de causalidade entre este e o dano, a inversão do ônus da prova deve ocorrer em favor do consumidor, por ser uma regra de julgamento.

Para os citados autores, não há que se cogitar da existência de violação das garantias legais da ampla defesa e do contraditório, em razão do julgador, apesar de ter se empenhado na condução do processo, não ter ainda formalizado a sua convicção, facultando-lhe a lei o uso desse instrumento excepcional.

¹³⁹ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 735.

¹⁴⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 917, mar. 2012, p. 191.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp de nº 422778/SP** (2002/0032388-0). Rel. Min. Castro Filho. Rel. do Acórdão. Min. Nancy Andrighi. Terceira turma. 19/06/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>>. Acesso em: 02 set. 2016.

Logo, entendem que, se assim não fosse, o juiz esbarraria num autêntico prejuízo da causa. O que é de todo inadmissível¹⁴².

No entanto, surpreendentemente, argumentam que, por uma questão de zelo processual, nada impede que o julgador dê ciência prévia às partes, no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, embora não seja por obediência a qualquer comando normativo.

É certo que na vigência do Código de Processo Civil de 1973 havia omissão sobre a possível inversão do ônus da prova, a não ser que a mesma fosse oriunda de decisão judicial, a contrariar a regra clássica ou geral do ônus da prova estabelecida no art. 333, “*caput*”. E ou a que adviesse de comum acordo entre as partes, desde que ficassem a salvo direitos indisponíveis.

Tudo iria depender dos respectivos desempenhos dos sujeitos litigantes, com exceção de que poderiam de comum acordo estabelecer a dinâmica da prova, ficando a salvo direitos indisponíveis.

2.5.2 A inversão do ônus da prova no despacho saneador

Como visto, se dentre os doutrinadores acima há inegável consenso de quanto a ser efetivada a inversão do ônus da prova na fase do julgamento da lide. Momento este que, em realidade, vem à tona o fenômeno jurídico do *non liquet*, após exaurimento da atividade das partes na produção das provas dos fatos controvertidos, na fase de instrução do processo, no que estar-se-ia diante uma regra de julgamento, por depender, agora, de um ato exclusivamente judicial, outros, por sua vez, entendem de forma contrária, pois, uma vez assim procedendo, o julgador estará incontestavelmente indo de encontro aos princípios elementares da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal.

Quanto à decisão judicial sobre a inversão do ônus da prova ser antes da instrução do processo, ela é caracterizada como regra de procedimento.

¹⁴² WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001, p. 736.

Atente-se que esta decisão sobre a inversão do ônus da prova tem como escopo fixar as respectivas atribuições das partes a trazerem as provas necessárias para o processo.

Contudo, o fornecedor do produto ou serviço, a partir do instante em que compõe a lide processual, não poderá ser surpreendido através de decisão judicial que lhe atribui o referido ônus.

Significando dizer que, se o julgador haja decidido favoravelmente ao consumidor sobre a tutela dos seus direitos quanto atribuir ao fornecedor a inversão do ônus da prova, é facultado a este demonstrar que aquele, para o caso em análise, ou não é hipossuficiente ou então não se tornou verossímil o fato alegado, no que pode o juiz inverter o ônus da prova em detrimento desse consumidor.

Em assim sendo, o momento da inversão do ônus da prova, após aquele crivo valorativo do juiz, sobre a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor, deve ser antes da instrução processual, mais propriamente na fase de decisão de saneador.

É nela em que o magistrado irá apontar os fatos controvertidos que devem ser aclarados ou aprofundados por meio de provas ilibadas.

Inclusive, a partir do instante em que o fornecedor tenha ficado ciente preliminarmente sobre a decisão da inversão do ônus da prova, poderá, se assim desejar, provocar o juízo *ad quem* com o intuito de reverter este ato judicial.

De mesmíssima forma, o consumidor tem o direito de ser cientificado prematuramente sobre essa medida judicial, no que lhe pode ser desfavorável, também para se valer da ampla defesa e do contraditório. Até porque poderá ficar com o ônus de produzir uma prova que lhe é totalmente impossível dada aquela hipossuficiência¹⁴³⁻¹⁴⁴.

¹⁴³ Neste sentido, Antônio Mário de Castro Figliolia: “Já no concernente ao consumidor, o processo não pode ficar mais oneroso. E se pode porque a inflação de ônus maior do que o realmente necessário, após a análise subjetiva sobre a verossimilhança e a hipossuficiência, implica dificuldade ao exercício da defesa dos direitos do consumidor, ou seja, viola a lei. Se aplicada só no momento da prolação da sentença, a regra de facilitação se apresenta com perverso efeito contrário, mesmo que o ônus seja invertido. Para não se ver surpreendido pela análise subjetiva do juiz a respeito da verossimilhança da alegação ou sobre o seu hipotético estado de hipossuficiência em face ao fornecedor, o consumidor acaba tendo que produzir provas que não precisava e que até, eventualmente, podem prejudicá-lo”. FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. **Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira.** Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005, p. 67.

2.5.3 A inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor

Para melhor contextualizar a incidência deste instituto jurídico da inversão do ônus da prova antes da citação do fornecedor, como apregoam alguns autores, é bom trazer à discussão o fenômeno jurídico das antecipatórias de tutela, uma vez que se subentende que é tão somente através desta via procedimental que aquele se perfaz.

Se for levada como parâmetro a tutela antecipada sob o prisma do Código de Processo Civil de 2015, vê-se que está ela com a nomenclatura: provisória, gênero, subdividindo-se em tutela de urgência e evidência, “*caput*” do art. 294.

A tutela de urgência (art. 294, Parágrafo Único) é concedida tanto em provimento acautelatório quanto antecipatório, incidentalmente ou de forma antecedente.

A de caráter incidental pode ser em qualquer tempo modificada ou até revogada pelo próprio magistrado. Aqui há similaridade com a antecipação de tutela que vigia no art. 273, do Código de Processo Civil de 1973 e inclusive no que estava expresso no art. 807, deste mesmo diploma legal.

A tutela de urgência tem como referência para o julgador uma situação de risco, de ameaça do objeto do processo quanto à demora do provimento final. O seu substrato delimita-se na alta probabilidade de ganho de causa pelo demandante, sendo desnecessária a comprovação de dano.

Ao se observar o texto da regra da tutela provisória, afirme-se que o juiz está envolto numa cognição sumária, não exauriente, mas sem qualquer vinculação com o revogado procedimento da tutela antecipada que vigia no Código de Processo Civil de 1973. Pois, quanto à chamada antecipação de tutela (art. 273), as decisões liminares tinham caráter provisório, a dependerem de confirmações em sede de cognição plena.

¹⁴⁴ Complementa Antonio Gidi: “Não parece haver séria dúvida em doutrina de que as regras que atribuem o ônus da prova sejam regras de juízo, regras de julgamento. Sua função é apenas a de instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente”. GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995, p. 587.

A própria redação do texto do art. 273, do CPC de 1973, era confusa uma vez que, para a concessão da medida judicial, haveria a necessidade da existência de prova inequívoca e da verossimilhança do alegado.

Atente-se que estes dois elementos constitutivos da antecipação de tutela eram indissociáveis, mas traziam em si um conceito vago, pois, em se tratando de prova inequívoca, significando dizer que era uma prova sem qualquer margem para o advento da dúvida, a ponto tal de formalizar a convicção do julgador a lhe dar respaldo à concessão da medida. Ora, estar-se-ia diante de prova ilibada.

Além do mais, tudo estava voltado à análise valorativa do juiz, em conformidade com o seu mundo subjetivo. Era, sem dúvida, uma visão bem singular do processo. Circunstância esta que não é mais viável no ordenamento jurídico nacional (item 1.3.).

Eis que no atual Código de Processo Civil, pelo menos em sede de tutela de urgência, há no art. 300, o seguinte: “[...] a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Em assim sendo, a intenção do legislador foi a de preservar a natureza da prova como sendo produto de atividade das partes e de terceiros, tornando-se imprescindível o juiz atuar no processo objetivamente, sem qualquer apelo à sua consciência.

No entanto, para Nelson Nery Júnior¹⁴⁵, o magistrado detém o poder-dever de, na preparação para a fase instrutória, decidir a respeito da inversão do ônus da prova, de sorte a alertar o fornecedor a se desincumbir deste ônus sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa.

Ora, se for levado a efeito esse imperativo à eficiente prestação jurisdicional, chega-se à conclusão de que não é mais correto observar o instituto jurídico da inversão do ônus da prova como algo que deva se perfazer isoladamente no final do julgamento; ou na decisão de saneamento ou quando do despacho inicial em que se determina a citação do réu (fornecedor).

¹⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Direito do Consumidor**. n. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 218

Eis que, pelo menos à luz do art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁶, o juiz está autorizado a decidir sobre a medida antecipatória de tutela, obviamente em caráter inicial, nas obrigações de fazer e não fazer, em ações coletivas ou individuais, mesmo sem ouvir a parte adversa, desde que haja citação regular do réu.

Belina Pereira da Cunha¹⁴⁷ diz que, para as medidas antecipatórias de tutela que foram introduzidas no sistema jurídico nacional através da Lei nº 8.952/94 que, por sua vez, alterou o Código de Processo Civil de 1973, o legislador adotou um sistema mais rígido às suas concessões, por necessitarem das evidências dos elementos constitutivos da verossimilhança do alegado e da prova inequívoca, condições estas que diferem da que está no art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.

Nestes moldes, a antecipação de tutela do Código de Defesa do Consumidor está assentada em situações de justificado receio da ineficácia da tutela ao tempo da sentença, pondo em risco a efetividade e satisfatividade da prestação que mais pudesse alcançar a salvaguarda do direito material em litígio.

Citada doutrinadora vai mais além, por declinar que nada impede do julgador prolatar decisão atinente à inversão do ônus da prova nas antecipações de tutela, se porventura o litígio disser respeito à relação jurídica de consumo, com base no indigitado art. 84, do CDC. Pois o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é formado por normas de ordem pública e que tem como premissa salvaguardar os direitos do consumidor¹⁴⁸.

Ora, mesmo em se tratando de brilhante explanação, é prudente considerar que a inversão do ônus da prova não é pertinente neste estágio processual por força

¹⁴⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático correspondente. [...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

¹⁴⁷ CUNHA, Belina Pereira da. Ônus da prova no Código do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação da tutela. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. Ano 12. Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

¹⁴⁸ Neste sentido, Belinda Pereira da Cunha: “Encontra-se, assim, assegurado o caráter constitucional das liminares em geral, o que permite sua utilização nos limites da própria Constituição Federal, o que se dá inclusive pelo próprio bem da vida que se pretenda tutela, ganhando relevância as questões que tenham por objeto direitos metaindividuais”. CUNHA, *op. cit.*, p.319

de não ter se estabelecido a relação jurídica processual através de citação válida, conquanto, por outro lado, não há elemento fático suficiente ao advento da dúvida.

Outrossim, não é razoável aceitar que a prova, termos de valoração, fique sob o julgo da consciência do julgador ou tribunal, se por acaso for dissociada dos debates que devem ocorrer nos autos.

2.6 Da inversão do ônus da prova à luz do ordenamento jurídico português

No ordenamento jurídico português, constam no Capítulo II, Código Civil, os contornos da prova, na esfera cível, a partir do art. 341º. Ainda são mencionadas no Título V, Capítulo I, no que se diz à instrução do processo, consoante os artigos 414º a 526º, do Código de Processo Civil, Lei nº 41/2013¹⁴⁹.

Ficou assentado em linhas anteriores o modo bem peculiar da ocorrência da inversão do ônus da prova, conforme estipulado no art. 344º, n. 2, do Código Civil¹⁵⁰ e no artigo 519º, n. 2, do Código de Processo Civil: a) sempre que a parte contrária torne impossível ao onerado a desincumbência e b) se por acaso houver violação ao dever de cooperação que deve existir entre as partes, aqui também, considerado com ato atentatório ao princípio da cooperação.

Para todos os efeitos, a inversão do ônus da prova na relação de consumo no sistema jurídico português é caso de exceção à regra. Segundo o Dr. Luis Bonifácio Ramos¹⁵¹, ela está prevista nas lides de responsabilidade civil objetiva quanto a defeito de produto: ao produtor é atribuída a inversão do ônus da prova, por força da Diretiva nº 85/374, de 25.07.85. No que a Lei de Defesa do Consumidor de nº 24/96, recepcionou esta Diretiva, em conformidade com o art. 12, nº 5.

Antes da vigência da citada lei de defesa do consumidor em Portugal, existia dúvida a ser aclarada sobre em que fato deve consistir o ônus da prova, por ser

¹⁴⁹ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016

¹⁵⁰ Art. 344º [...] 2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízos das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

¹⁵¹ RAMOS, José Luís Bonifácio. **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor**. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990

sempre aplicado o preceito do art. 342º, do Código Civil, mesmo tendo a doutrina classificado o consumidor como o que não só se sujeita ao poderio econômico do fornecedor do produto ou serviço, também, em se tratando de negócio jurídico atinente a contrato, não ter oportunidade em discutir bilateralmente as cláusulas e condições nele inseridas¹⁵².

Por esta razão, José Luís Bonifácio Ramos¹⁵³ declinou que, quanto à responsabilidade civil objetiva, a prova deve recair justamente em qualquer dos pressupostos constitutivos desta, ou seja, a culpa, a ilicitude, o dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Inclusive, no direito do consumidor em Portugal, a problemática da responsabilidade civil atinente ao produtor, mesmo estando lastreada naquela Diretiva nº 85/374, de 25 de julho de 1985 e no citado Decreto-lei nº 383, tem sua previsão também no Código Civil e em algumas leis esparsas, quanto aos regulares pressupostos da ilicitude; da culpa; do dano e o nexo de causalidade entre o fato e dano.

2.6.1 Novo paradigma

Em recente análise doutrinária sobre o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 18 de dezembro de 2013, Processo de nº 6479/09.8TBBR.G1S1, que foi relatado pela Conselheira Exma. Senhora Ana Paula

¹⁵² Neste sentido, Antônio Mário de Castro Figliolia: “A Lei de Defesa do Consumidor, muito embora em seu artigo 1º refira-se ao dever geral de proteção do consumidor, em consonância com o que dispõe o art. 81, letra “i”, da Constituição da República Portuguesa que proclama a tarefa como incumbência prioritária do Estado, tal como ocorria na revogada legislação, não criou disposições de proteção de caráter processual”. FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. **Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira.** Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005, p.43.

¹⁵³ RAMOS, José Luís Bonifácio. **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor.** Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990, p. 17.

Boularot, da lavra do Dr. Hugo Luz dos Santos¹⁵⁴, é de se verificar que, pelo menos em sede jurisprudencial, a partir de então, houve mudança de paradigmas no entendimento daquela Corte, especificamente no Direito Bancário português, sobre as transações de fornecimento de serviços denominadas “*homebanking*”, por terem sido enquadradas na chamada “teoria das esferas do risco”, em razão daquela corte ter privilegiado, subjacentemente, a distribuição dinâmica da prova em prol do consumidor quando da ocorrência de fraude eletrônica.

O caso se resume da seguinte forma:

- a) a parte autora, pessoa jurídica, atua no ramo de importação, exportação e representação de produtos nacionais e internacionais, referentes a produtos de limpeza industrial e mobiliário, enquanto que a ré está adstrita à atividade tipicamente bancária;
- b) ambas, a partir de 20.7.2004, pactuaram sobre a realização de negócios jurídicos bancários, através de contrato de adesão;
- c) naquela mesma data, o réu entregou à autora, nas pessoas de suas respectivas representantes legais, as chaves de acesso que permitiam a utilização do BX Directo/BX Net, cujo serviço, para ser usado, dependeria de um código secreto sob a responsabilidade exclusiva desta;
- d) este serviço foi utilizado, sem qualquer percalço, no período de 20.7.2004 a 30.5.2008 e
- e) em 2.6.2008, percebeu a autora o desfalque de €13.000,00 (treze mil euros) que foram retirados de sua conta bancária, sem autorização de sua parte.

De modo que o serviço negociado pela parte ré foi apresentado à autora como de alta confiabilidade, sem margem para ação de terceiros que porventura tivessem o intento de lograr êxito em suas investidas de forma ilícita.

Eis que, mesmo havendo referido leque de informação transpassado à autora, restou comprovado nos autos que esta, através de suas representantes legais, muito embora fossem as únicas que detinham a chave de acesso e o respectivo código de segurança para que pudessem realizar todas as

¹⁵⁴ SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015.

movimentações bancárias: depósitos; formalização de novos créditos etc, em momento algum tinha repassado esses dados a pessoas estranhas, propositalmente.

Em síntese, o banco réu foi condenado a reparar o dano material sofrido pela autora, por entender o tribunal *ad quo* que tudo decorre da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade.

Ora, se for transpassada essa situação ao ordenamento jurídico, o art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil¹⁵⁵, mesmo na seara do direito privado, imputa a responsabilidade para reparar o dano sofrido pela vítima a todo aquele que seja atividade de risco. É caso de responsabilidade civil objetiva.

Em sede de recurso, o agora autor, banco demandado, com o intuito de reverter a decisão que lhe foi desfavorável, sustentou a tese de que não houve violação de segurança dos dados reservados à cliente, tanto na criação quanto na manutenção do serviço negociado, a não ser que tudo adveio da estrita responsabilidade de empresa referida ora ré.

Ou seja, é fácil perceber que a argumentação da instituição financeira não é exceção à regra, ao desejar atribuir toda a responsabilidade ao consumidor, sob a assertiva de que este agiu, no mínimo, negligentemente ou imprudentemente, por ter facilitado o acesso de terceiros na identificação dos seus dados pessoais e secretos.

O fato é que a autora, nas pessoas de suas representantes legais, havia “entrado” numa página virtual, sem saber que era “clonada”, no que passou a efetuar a transmissão daqueles dados referidos que, no final, culminou com a fraude aludida.

Em suma, para a Corte Suprema, resultou apurada nas instâncias inferiores que não restou qualquer margem para declinar que a autora havia contribuído com o advento da fraude, para efeito da quebra de segurança no acesso ao site BX.Net, ao enfatizar a teoria do risco, sendo conclusivo que, segundo se infere nas assertivas daquele doutrina, os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibernautas ao mesmo, têm de correr por conta do Réu, por a tal conduzir o

¹⁵⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, ficado obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

disposto no art. 796º, nº 1 do Código Civil, não se tendo provado, como não se provou, que tivesse havido culpa da Autora.

Ademais, previu a Corte Suprema que a autora da ação de ressarcimento de danos, no exato instante em que tomou conhecimento do desfalque daquela importância, havia entrado em contato com o banco réu para relatar o ocorrido.

Logo, o ônus da prova, em tal situação, recai sobre o banco referido, no sentido de não só alegar e provar que a operação de pagamento fora autorizada pela Autora, ou que esta agira de forma fraudulenta ou que não cumprira, deliberada ou por forma gravemente negligente as suas obrigações contratuais.

Para tanto, esta Corte reforçou seu entendimento alicerçado nos artigos 70º, nº 3 e 72º, nº 1, do Decreto-Lei nº 317/2009, de 30 de Outubro. Ademais, os riscos pela utilização normal do sistema correm por conta do prestador de serviços.

Ao fazer uma análise do cerne da controvérsia, o festejado doutrinador afirmou que, em sede de contrato de abertura de crédito, gravitam os demais negócios jurídicos, tais como emissões de cartões bancários; mútuo bancário; contrato de consumo etc. De modo que aquele contrato de abertura de crédito, no caso em análise, se enquadra perfeitamente no denominado “*general contract*,” em conformidade com a doutrina inglesa, bem como a doutrina portuguesa, que “o baptiza de o ‘acto nuclear’ ou mesmo de ‘acto fundador’ da relação jurídica bancária”¹⁵⁶.

É bem evidente tamanha assertiva, até porque, no presente trabalho ora em desenvolvimento, será trazido à tona o problema relativo à inversão do ônus da prova quanto à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, em contrato de financiamento bancário, quando este vem a juízo declinar que, em nenhum momento, havia ficado ciente desta cláusula contratual, por ser tão nefasto à sua vida, ao pugnar a anulação deste negócio jurídico por vício de consentimento. Neste caso, o contrato de fiança é um negócio jurídico derivado do contrato principal, quanto aos seus efeito e finalidade.

¹⁵⁶ Neste sentido, Dr. Hugo Luz dos Santos acrescenta ainda que “Essa Classificação, a de contrato-quadro, foi perfilhada pelo legislador nacional, desde o texto preambular ao Decreto-Lei nº 95/2006, de 29 de Maio, que transpõe para o direito interno a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro “relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores”. SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 727.

Deixando de lado todos os argumentos quanto à descrição do que venha ser *homebanking*, até porque, em termos de ordenamento jurídico nacional, a jurisprudência é unânime em atribuir a responsabilidade para reparar os danos daí advindos às instituições financeiras. A não ser que tenha havido alguma conduta culposa ou dolosa do consumidor, no sentido de ter contribuído com a ocorrência dessa fraude, mas aqui também está o julgador com a inequívoca tarefa de, se for o caso, de inverter o ônus da prova, sob a luz do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, o que se percebe no julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal é que, de modo indireto, houve uma análise atinente não só sobre aqueles requisitos da hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança do alegado, mesmo sem que estejam previstos no legal no ordenamento jurídico português, em razão da inequívoca desigualdade material existente entre o agente financeiro, por força de ter sido o único detentor de conhecimentos técnicos atinentes às questões de segurança do serviço negociado, e a limitação da empresa autora, a partir do instante em que esta passou a utilizar serviço, com a sensação de segurança que se mostrou escancaradamente falha.

Contudo, este cenário muda radicalmente se for considerado que a lei processual civil portuguesa não traz no seu bojo qualquer preceito sobre a distribuição dinâmica da prova, tendo o Dr. Hugo Luz Santos¹⁵⁷ argumentado que “impender um ônus probatório a uma parte processual ao ponto de a tornar uma prova diabólica, negativa, e, por isso, impossível [...]”, de modo a chegar à conclusão de que se torna de suma relevância a questão da distribuição dinâmica do ônus da prova, principalmente no campo de Direito Bancário, decorrente do ora julgado pelo supremo Tribunal de Justiça, até porque, segundo entende, no presente conflito litigioso, tem relevância a análise de uma “relação obrigacional complexa na qual se interponha um consumidor – não profissional (*one-shot-player*)”.

Em tal situação, surge a indagação do insigne doutrinador quando a saber se tem algum sentido, em matéria de ônus da prova, impor ao consumidor a

¹⁵⁷ SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 737

posição/necessidade de produzir prova perante o mau funcionamento de um sistema informático complexo da entidade bancária e que não domina?

É de bom alvitre apresentar que, desde já, mostra-se o consumidor, se se for observado o ordenamento jurídico pátrio, ostentando a condição tipicamente de vulnerabilidade, por força do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, característica esta não prevista na legislação portuguesa.

Pois bem, para aquele autor, a citada imposição dirigida ao consumidor, em razão do mau funcionamento do sistema informático, jamais pode existir, por entender que, até porque na norma do Direito Bancário, direito material por excelência, há proteção do consumidor, e que, neste aspecto, o ônus da prova, quanto à sua inversão, é do fornecedor do serviço.

Segundo entende, se for observado o direito instrumental, no caso a lei processual civil, impender ao consumidor o ônus probatório, até porque se encontra o mesmo ostentando desigualdade material nessa relação jurídica processual, não pode ser interpretada com rigor formal, sem a devida análise das circunstâncias que o caso exige¹⁵⁸.

Designadamente, este novo paradigma enfatiza a importância do instituto jurídico da distribuição do ônus da prova que hoje aflora ter no processo, até porque a valorização da prova tem que estar atrelada, não em conformidade com as regras de experiência do julgador, através do livre convencimento motivado, mas sim nos fatos trazidos à colação pelas partes litigantes, com observância aos princípios da cooperação e coparticipação que devem existir entre todos.

Ademais, o presente estudo é importante à seara doutrinária portuguesa haja vista que todo o sistema jurídico destinado à prova é concebido como sendo altamente rígido não só quanto aos seus meios, como também à admissibilidade. Fato este que, para o estágio atual da sociedade, acentua ainda mais o fosso que

¹⁵⁸ Neste sentido: “Todavia, à análise da norma do direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma do direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “elementos racionais”, cuja acuidade [...] mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos científicos, onde se dividem direitos dos consumidores – a parte mais frágil -, cujo ônus probatório, onde a prova se afigure difícil, ou mesmo impossível, toldaria [...] o naípe de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo direito substantivo”. SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015, p. 740.

existe com os sistemas jurídicos flexíveis que possibilitam ao julgador ampla liberdade de atuar no processo – aqui no sentido de produção das provas – com vistas à concretização da harmonia social, quando da solução dos conflitos jurídicos. Para tanto, reporte-se à crítica efetuada por Mariana França Gouveia¹⁵⁹ (item 1.8.).

Por outro lado, posteriormente ao julgado em questão, as cortes portuguesas têm seguido referido entendimento, como por exemplo, o recente Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo de nº 902/13.4TBCNT.C1, da relatoria do Exmº Dr. Arlindo Oliveira, de 02/02/16. Pois assim entendeu:

Não se tendo provado que o cliente forneceu a terceiros (ao aceder a página ilícita) as chaves de acesso ao serviço de home banking nem que, ao navegar na inter-net, permitiu que outrem tenha capturado as credenciais de acesso e validação, recai sobre o banco a responsabilidade pela movimentação fraudulenta da sua conta bancária, através da internet (Serviços Homebanking)¹⁶⁰.

Neste estágio, urge trazer as problemáticas sobre a inversão do ônus da prova dentro do contexto da responsabilidade civil objetiva e quanto à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, por força das graves consequências legais que daí advém.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Mariana França. A Prova. **Revista Themis – Revista de Direito**. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais)

¹⁶⁰ PORTUGAL. Tribunal de Relação de Coimbra. **Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo de nº 902/13.4TBCNT.C1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aba8f7cea02531c180257f4f003e6e54?OpenDocument>>. Acesso em: 16 set. 2016.

3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS DANOS ORIUNDOS DE MEDICAMENTO AOS PACIENTES – RISCO DE DESENVOLVIMENTO E DA RENÚNCIA DO BENEFÍCIO DE ORDEM PELO FIADOR

3.1 Da responsabilidade civil objetiva

Em breve síntese histórica, o mais extraordinário acontecimento, em termos de caracterização de conduta delituosa para efeito da responsabilidade civil, surgiu da *Lex Aquilia de Damno*¹⁶¹.

Esta norma, possivelmente aprovada no século III a. C., regrou a necessidade de estarem presentes, no ato considerado delituoso, três requisitos essenciais: injúria, ou seja, que o dano tivesse origem em ato contrário ao direito; a culpa genérica: um ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do autor e, finalmente, o *damnum*: a ocorrência de uma lesão, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial¹⁶².

Foi o momento basilar ao estabelecimento da responsabilidade civil subjetiva no ordenamento jurídico romano, pois vigia tão somente a responsabilidade civil objetiva, prescindindo para sua caracterização da condição elementar da culpa.

Para Giselda Maria Fernandes Hironaka¹⁶³, existe um diferencial a ser considerado, quanto ao elemento culpa pelos romanos e ao que serviu de sustentáculo à codificação no direito moderno, haja vista que este trazia na “bagagem” o ideal de pecado baseado nos dogmas do cristianismo enquanto que aquele estava calcado em princípios pagãos.

Neste caso, foi a partir da Revolução Industrial, mais nitidamente no Estado Liberal, que a culpa, para efeitos da responsabilidade civil, conforme a *Lex Aquilia*

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Método, 2012.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

de *Damno*, sob a luz do Direito Canônico, se tornou a “linha” estrutural de diversas codificações, e, dentre elas, o Código de Napoleão de 1804¹⁶⁴.

De grandíssima importância foram as ideias de Domat, por ter dito que, para a devida ocorrência do dano, na esfera da responsabilidade civil, deve haver, necessariamente, a presença da “negligência ou imprudência”¹⁶⁵.

No que posteriormente veio o Código Napoleão e bebeu nas lições de Domat e Pothier, inspiração para seus arts. 1.382 e 1.383¹⁶⁶. Circunstância, pois, que o art. 1.382, do Código Napoleão, exige a presença da culpa como ato integrante da responsabilidade civil, ao enunciar que toda ação humana que cause dano a terceiro obriga o responsável que agiu com culpa repará-lo.

É sabido que a França se encontrava no ápice do domínio cultural a ser seguido pelo “resto do mundo”, salvo raras exceções, fazendo com que o Brasil, país periférico e subdesenvolvido, como não poderia deixar de ser, também se deixasse influenciar sobremaneira pelo sistema jurídico daquele, de modo que foi implantado no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente no Código Civil, de 1916, em seu art. 159¹⁶⁷, o elemento da culpa para imprescindível à configuração da responsabilidade civil.

Mas como tudo tem seu tempo determinado, apenas quase um século da vigência do Código de Napoleão, surgiu Raymond Saleilles¹⁶⁸, em 1897, com a teoria objetiva ou do risco, no que tomou impulso através de estudos acadêmicos publicados em alguns artigos da lavra de Louis Josserand, em 1936.

Durante todo aquele transcurso de lapso temporal, com o pleno domínio do Código de Napoleão, não havia entendimento claro no que viesse ser consumidor, consoante visto.

¹⁶⁴ Neste sentido, José de Aguiar Dias: “no Código Civil francês que tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse esse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos”.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2006, p. 30.

¹⁶⁵ DIAS, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁶⁷ Art. 159, do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Editora Método, 2011.

Se porventura houvesse dano aos que eram destinados o produto ou serviço, o ônus da prova não só para a comprovação do fato em si, assim também da culpa, por negligência; imprudência ou imperícia, tornaram-se fatores exclusivos destes adquirentes finais.

Segundo Tartuce¹⁶⁹, Josserand alegou que impor à vítima ou aos seus herdeiros a demonstração inequívoca da culpa equivaleria a recusar-lhe a tutela reparatória, uma vez que a teoria tradicional relativa ao tema – fundada no conceito subjetivo de culpa – já se tornava insuficiente e perempta, sendo necessário alargar os fundamentos em que repousava o edifício de antanho, a qual noção correspondia às necessidades sociais.

No entanto, ainda prevalece no ordenamento jurídico português a teoria clássica da responsabilidade civil sob o manto culpa; da ilicitude; do dano e do nexo causal, por ter seguido a orientação da Diretiva comunitária de nº 85/374/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 25 de Julho de 1985¹⁷⁰. Até por que o art. 487 do Código Civil estipula que cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão.

Mas no que respeita à relação de consumo, a Lei de Defesa do Consumidor, de nº 24/96, de 31.07, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei (art. 12, nº 5).

Trata-se, evidentemente, de responsabilidade civil objetiva. Tal qual no ordenamento jurídico nacional, vez que o Código de Defesa do Consumidor deixou de lado o elemento da culpa, para a caracterização do dano, ao contemplar a responsabilidade civil objetiva que deve se pautar pelo fato do produto ou serviço.

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 12.

¹⁷⁰ Segundo o insigne professor José Luís Bonifácio Ramos, muito embora não concorde com tal posição, assegurou que esta foi a “opção do legislador comunitário e nacional que na directiva e no decreto-lei, respectivamente, adoptam esta orientação quanto aos pressupostos dessa responsabilidade”

RAMOS, José Luís Bonifácio, **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor**. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990, p. 17.

3.1.1 Nas lides de responsabilidade civil objetiva incide-se a regra tradicional do ônus da prova do NCPC ou a inversão do ônus da prova do CDC?

Por oportuno, ressalte-se que no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, houve mudança dos elementos constitutivos da responsabilidade civil objetiva por estarem agora sedimentados nos vícios ou defeitos dos produtos ou serviço, ou, como queiram, pelo fato do produto ou serviço, sem perquirição sobre a culpa, com exceção apenas se a lide for composta por profissionais liberais, se os mesmos estiverem compondo a lide processual.

Neste embalo, o Código Civil brasileiro em seu art. 927, parágrafo único¹⁷¹, seguiu a linha da responsabilidade civil objetiva, sob o manto do risco.

De modo que o causador do dano é responsabilizado civilmente, independente de culpa, quando o fato advir de uma atividade de risco. Para doutrina, foi um grandíssimo avanço à ordem jurídica nacional.

Mas, sem que seja fato de natureza de diálogo das fontes, em certas circunstâncias, malgrado a controvérsia judicial esteja sob as regras do Código de Defesa do Consumidor, é facultado ao julgador averiguar se para a prova, por exemplo, irá ser observada forma procedimental que se encontra estipulada neste diploma legal ou na do sistema do Código de Processo Civil de 2015. Melhor dizendo, se é caso de inversão do ônus da prova propriamente dita ou da incidência do típico regramento do ônus da prova.

Ao delimitar este assunto, a doutrina não é unânime sobre quais casos são típicos de ônus da prova, incidindo-se, portanto, a norma tradicional do ônus da prova do Código de Processo Civil e quais são de natureza de inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor.

É de prudência, neste estágio, se filiar àqueles que reconhecem a distinção que existe entre inversão do ônus da prova e ônus da prova da responsabilidade civil objetiva proveniente de vício ou defeito do produto, no que o procedimento processual, nesta típica situação jurídica, recairá sobre a indigitada forma tradicional

¹⁷¹ Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito, causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

da prova, qual seja, ao autor incumbe o ônus da prova dos elementos constitutivos do seu direito e ao réu, a prova dos fatos modificativos; extintivos ou impeditivos daquele. Mas sem que haja mais lugar qualquer indagação sobre a existência de culpa ou não.

Em assim sendo, não há necessidade, no saneamento do processo e ou no decorrer da fase instrutória da lide, a prolação de decisão judicial a enveredar sobre a inversão do ônus da prova.

Se qualquer das partes não cumprir com seus respectivos ônus de provar os fatos constitutivos, se autor, e os fatos extintivos; modificativos ou impeditivos do direito do autor, por parte do réu, ficará na iminência de se ter denegado o direito pleiteado, e, por via inversa, ser beneficiada a parte contrária em razão do efeito material que este preceito prevê.

Noutros termos, se porventura o consumidor vier a juízo, sob a alegação de que determinado produto ou serviço não atingiu a regular expectativa esperada, de modo a lhe acarretar frustração subjetiva de consumo, e ou que houve risco à sua saúde e ou de seus familiares, cabe ao mesmo o ônus da prova de todos aqueles elementos constitutivos da responsabilidade civil objetiva, a saber: o ato ilícito e o nexo de causalidade entre este e o dano. Logo, é prova elementar e de fácil acesso à sua disposição.

Mas a grande questão surge quando a controvérsia estiver circunscrita à responsabilidade civil objetiva decorrente do risco de desenvolvimento.

3.1.1.1 Da prova quanto ao risco de desenvolvimento

Subentende-se como risco de desenvolvido em face dos produtos que, ao serem lançados no mercado, não apresentavam quaisquer vícios ou defeitos que causassem danos à saúde ou pusessem em perigo a segurança do consumidor,

vindo tão somente surgir a *posteriori*, apesar dos seus fornecedores terem dispensado todos meios tecnológicos e científicos da época nas suas produções¹⁷².

Neste patamar, alguns doutrinadores¹⁷³ qualificam risco de desenvolvimento como aquele que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, logicamente descobertos após certo lapso temporal.

Com a finalidade de melhor situar o assunto, surge à discussão os medicamentos denominados survector cujo princípio ativo é cloridrato de amineptina e o denominado talidomida.

Para o primeiro, diz respeito a um paciente, professor, que fazia uso constante do referido produto, sem prescrição médica, com a finalidade de melhorar sua memória e seu desempenho acadêmico¹⁷⁴.

Este medicamento era negociado livremente nas farmácias e destinado exclusivamente à melhora da memória e não apresentava alerta quanto a reações adversas, efeitos colaterais ou consequências relevantes para superdosagem¹⁷⁵.

Com o decorrer do tempo, indigitado paciente sofreu graves sequelas irreversíveis, tais como: insônia; transtornos mentais e tendência ao suicídio.

De modo que a Terceira Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 971.845¹⁷⁶, reconheceu expressamente que, neste caso atípico, caberia ao fornecedor daquele produto a obrigação de divulgação no mercado sobre todos os possíveis riscos. Até porque ocorreu alteração na bula, com a indicação de alto grau de dependência. Ou seja, é caso essencialmente solucionado através da inversão do ônus da prova, em detrimento do fornecedor do produto.

¹⁷² Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho: “Entende-se por risco de desenvolvimento o defeito impossível de ser conhecido e evitado no momento em que o produto foi colocado em circulação, em razão do estágio da ciência e da tecnologia. É aquele defeito que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto, como ocorre com certos medicamentos novos – vacinas contra o câncer, drogas contra AIDS, pílulas para melhorar o desempenho sexual, etc”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. **Revista de Direito do Consumidor**. RT, n. 29, São Paulo, 1999, p. 61.

¹⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012, p. 165.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 971.845**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, 01 dez. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/AbreDocumento.asp?sSeq=726140&sReg=200701573821&sData=20081201&formato=PDF>>. Acesso em: 14 out. 2013.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*.

Ora, citado caso deveria ser, como na realidade o foi, essencialmente solucionado através da inversão do ônus da prova, em detrimento do fornecedor do produto.

Eis que, de acordo com as regras do Código de Defesa do Consumidor, o texto normativo do art. 38¹⁷⁷ é indubitável ao determinar que o ônus da prova é exclusivo do fornecedor do produto ou serviço sobre a publicidade de suas informações. Conclui-se que o risco de desenvolvimento exige, em sede de conflito de interesse, para sua exata comprovação do dano causado ao consumidor, a inversão do ônus da prova, denominada pela doutrina como sendo *ope iuris*, de acordo com o anteriormente descrito, item 3.1.1.1.

Tornando-se, pois, prescindível qualquer intento do julgador formalizar sua convicção sob o manto do livre convencimento motivado, com base nas regras de experiência, pois basta apenas o mesmo analisar os advenços da hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança do alegado, com observância ao texto da norma do art. 38, do Código de Defesa do Consumidor, e, no saneamento do processo, exarar decisão interlocutória atinente à inversão do ônus da prova, no sentido de salvaguardar a ampla defesa e o contraditório.

Sob este ângulo, a decisão em comento está em sintonia com os novos paradigmas elencados no Código de Processo Civil de 2015.

Para o segundo caso, é sobre o medicamento denominado “Talidomida” que, a partir de sua comercialização, em 1957, inclusive aqui no Brasil, causou graves deformidades nos bebês, por ter sido ingerido pelas gestantes nos três primeiros meses de gravidez, com encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, problemas visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em mais raros, do tubo digestivo e com sequelas cardíacas¹⁷⁸.

Ademais, em razão desse grave acontecimento, por força das inúmeras demandas judiciais que até o presente momento provocam o estado-juiz, foi promulgada a Lei de nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, no sentido de ser

¹⁷⁷ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹⁷⁸ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. **Revista Jurídica**. Ano 54, n. 345, Porto Alegre-RS, jul. 2006, p. 46.

reconhecido direito previdenciário vitalício a todas as vítimas portadoras da “síndrome da talidomida”¹⁷⁹.

Malgrado os danos advindos às vítimas da talidomida tenham ocorrido em momento anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, atuaram brilhantemente os tribunais por terem dirimido este polêmico evento, sem impor às potenciais vítimas o ônus da prova, sob os ditames do regramento tradicional da prova estatuído no art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973.

Seria bem certo que estas vítimas iriam enfrentar o grandíssimo obstáculo a se desincumbirem do ônus da prova atinente do ato ilícito e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, inclusive o advento da culpa, por não deterem o conhecimento científico ou técnico imprescindível à demonstração de que o mal que as afligiu, e que ainda as atormentam, tinha relação direta com uso daquele produto.

Ora, este encargo probatório levaria ao insucesso a pretensão indenizatória perseguida pelas mesmas. Seria prova diabólica.

Logo, o regramento do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quanto à inversão do ônus da prova, é sobre todo ou qualquer produto que, sob a nomenclatura, de modo que também deve ser englobado o risco de desenvolvimento que venha causar dano aos seus consumidores.

Doutra parte, o Enunciado n. 43, da I Jornada de Direito Civil¹⁸⁰, pacificou o entendimento sobre a responsabilidade civil objetiva decorrente do risco de desenvolvimento para as lides de direito privado.

3.1.1.2 Do regramento jurídico português quanto ao risco de desenvolvimento

De maneira totalmente contrária, a Comunidade Econômica Européia, ao ter recepcionado, na íntegra, a Diretiva nº 85/374, de 25 de julho de 1985¹⁸¹, do

¹⁷⁹ Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

¹⁸⁰ Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal: “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos de desenvolvimento”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I – Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 7.

Conselho das Comunidades Européia, isenta de responsabilidade civil o produtor no tocante à ocorrência de dano futuro ao consumidor, desde que seja cumprido, por parte daquele, o preceito do Art. 7º,¹⁸² em sua íntegra.

- i) Provar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;
- ii) O estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.

Citada Diretiva foi recepcionada pelo Decreto-lei nº 383, de 6 de novembro de 1989, que foi, por sua vez, alterado, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 131, de 24 de abril de 2001, do ordenamento jurídico português.

Longe fica qualquer discussão sobre o risco de desenvolvimento, pois o Código do Consumidor Português, de nº 29/81, de 22 de agosto, seguiu literalmente a Resolução nº 39/248, de 16/04/1985, da Assembléia Geral das Nações Unidas.

Diferentemente do que ocorre com o sistema jurídico nacional, mesmo sabendo que o risco de desenvolvimento não está previsto em nenhuma regra do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, coube à jurisprudência respaldá-lo neste sentido, conforme visto.

Por sua vez, sem que se esteja a falar de risco de desenvolvimento, o outro fator de extraordinária importância está atrelado à cláusula contratual referente à renúncia ao benefício de ordem pelo fiador, oriunda de contrato de fiança, em virtude dos tribunais luso-brasileiros terem sempre entendido que se trata de um negócio jurídico plenamente eficaz, de modo a frustrarem as pretensões do fiador, ao ter este vindo a juízo sob a justificativa de não ter recebido informações sobre esta renúncia e, com isso, ficar na iminência de sofrer os reveses legais que daí advém, de acordo com o exposto a seguir.

¹⁸¹ Aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. BRUXELAS. **Directiva do Conselho das Comunidades Européias nº. 85/374/CEE**. Bruxelas, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁸² Art. 7º: “se provar: b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente [...] e e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”.

3.2 Da inversão do ônus da prova quanto à renúncia ao benefício de ordem

Em um apertado resumo, tem-se a fiança como o instrumento pelo qual um terceiro, denominado fiador, assume o compromisso perante o credor de cumprir a obrigação do devedor principal, se este não o fizer nas condições e termos avençados. Nestes moldes, fiança significa promessa de adimplemento do contrato^{183;184,185,186}.

A fiança, na realidade, é extremamente vantajosa à disposição unilateral do credor, com um enorme potencial de risco e perigo à pessoa do fiador.

Um dado importante é que, na sistemática jurídica portuguesa, de acordo com o articulado no art. 633º, n. 3¹⁸⁷, se o devedor não reforçar a fiança ou não oferecer outra garantia, estando a celeuma judicializada, cuja discussão esteja voltada a esta desídia, existe a faculdade do credor “[...] exigir o imediato cumprimento da obrigação”.

O Código Civil brasileiro, embora silencie sobre a não obediência ao reforço de penhora, se assim desejar o credor, a conduta omissiva perpetrada daquele também lhe dá respaldo a exigir o cumprimento imediato da obrigação principal. Ou seja, trata-se de resolução antecipada do contrato.

Se o contrato de fiança está voltado a assegurar ao credor uma garantia da satisfação do seu credor, se assim não fizer o devedor principal, a regra é que o fiador garante assumir o compromisso referido tão somente de modo subsidiário.

¹⁸³ Neste sentido, Arnaldo Rizzardo: “[...] é a garantia que se dá aos créditos relativamente aos seus titulares, com o objetivo de conceder segurança aos compromissos que alguém assume”. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 979.

¹⁸⁴ Art. 818: Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁸⁵ Art. 1.481: Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra. BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁸⁶ Art. 627º: O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor. PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344**, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em: 09 out. 2013.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*.

Dívida esta em sentido amplo, até porque a obrigação pode ser a de fazer ou não fazer, ou então de entregar coisa certa.

Em se concretizando as imprescindíveis condições ao advento do cumprimento da obrigação, estando o devedor principal inadimplente, é defeso ao credor iniciar sua cobrança através de inversão das posições assumidas no negócio jurídico, para, primeiramente, buscar o fiador, com aquela finalidade.

Eis que estará o fiador imune a tal investida, por lhe favorecer o denominado benefício de ordem.

No entanto, de modo contraditório, mesmo nessas condições, ficará o fiador na obrigação de nomear bens do devedor, suficientes ao débito, livres e desimpedidos e que se localizem no mesmo município. Pois assim o regula o parágrafo único, do art. 827, do Código Civil¹⁸⁸.

Porém, muito embora o fiador tenha cumprido integralmente a referida determinação, se ficar comprovado que o credor se quedou inerte, em não manifestar interesse em dar razoável andamento ao processo judicial, de maneira a ensejar, posteriormente, a falência ou insolvência civil do devedor principal, é possível aquele ficar exonerado de solver a obrigação em comento.

Noutras palavras, a própria contumácia do credor tornou-se fator essencial à desoneração do fiador quanto à exigência do cumprimento da dívida afiançada.

Além do mais, cabe ao fiador opor todas as exceções previstas em lei, com a finalidade a preservar seu patrimônio da intenção do credor, uma vez ocorrendo os termos e as condições ao advento do débito do devedor principal¹⁸⁹.

A grande problemática vem à tona a partir do instante em que o benefício de ordem não produz efeito, como uma defesa inerente ao fiador, nos termos do art. 828, do Código Civil Brasileiro¹⁹⁰, se este a ele renunciou expressamente ou se obrigou como principal pagador; e se o devedor for insolvente ou falido.

¹⁸⁸ Art. 827: O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

¹⁸⁹ Neste sentido, Pontes de Miranda: O fiador pode opor-se, iure próprio, as objeções e exceções que teria o devedor principal. Para isso, é preciso que as objeções e exceções ainda existam. As renúncias após a data em que o devedor teria de adimplir são inoperantes contra o fiador. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fiança. Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XLIV, Título XXXIX. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963, p. 181.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Esse é um dado crucial a ser levado a sério, haja vista que todos os sistemas jurídicos estão agora calcados nos princípios emanados do Estado Democrático de Direitos.

Ademais, o contrato passou a ser formulado por novos paradigmas, notadamente ao incremento da livre manifestação de vontade das partes, dos princípios da igualdade; da segurança e boa-fé objetiva.

Então a fiança deve ser apreciada neste mesmíssimo contexto, pena de seu objetivo elementar, como instrumento hábil a garantir o patrimônio do credor, ser mero meio de exploração da parte mais fraca, quando daí se sobressai interesse de instituições financeiras que detém, por seu turno, ilimitado poderio econômico.

Esta situação fica mais delicada quando se trata de contrato típico de adesão que envolva direito de consumidor, como, por exemplo, um financiamento bancário, no qual o credor, agente financeiro, tenha exigido do devedor principal um fiador, como garantia do adimplemento da dívida, cujas cláusulas e condições deste negócio jurídico foram pré-estabelecidas, estando nele contida a renúncia ao benefício de ordem.

É fato incontroverso que, em razão do grandíssimo volume de transações bancárias que ocorrem diariamente, as instituições financeiras resolveram padronizar os contratos nos quais constam, de modo pré-constituído, todas as possíveis avenças.

Resta incontestado que, por detrás desta conduta impositiva, existe todo um vastíssimo poder econômico que, unilateralmente, dita as regras da negociação. Está o consumidor ou correntista compelido a pegar ou largar, sem outra opção¹⁹¹.

Ressalte-se que é matéria pacífica nos tribunais brasileiros o entendimento sobre o qual os contratos bancários devem ser analisados sob a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, por força da decisão proferida pelo Eg. Superior

¹⁹¹ Neste sentido, Paulo Lôbo argumenta que o que resulta no contrato de adesão é o predomínio exclusivo de uma das partes – economicamente mais forte, porque só ela constitui uma categoria organizada – mediante a predeterminação unilateral do conteúdo do contrato, restando à outra parte pegar ou largar em bloco. Na realidade concreta, nem mesmo esta alternativa é possível: a parte necessita daquele bem ou serviço e só resta aderir. LÔBO, Paulo. **Do contrato no estado social: crises e transformações**. Maceió: Ed. EDUFAL. 1983, p. 107.

Tribunal de Justiça, que fez publicar a Súmula de nº 297¹⁹², estabelecendo que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

É bom deixar claro que a fiança convencional engloba vários tipos de contratos e dentre eles estão os de financiamentos bancários e as de locações de imóveis urbanos.

Na garantia fidejussória do contrato de locação pode haver incidência da lei consumerista, se o locador for proprietário de mais de um imóvel e, ao designá-lo à locação, vincule sua atividade laboral neste tipo de negócio jurídico. Sob este prisma, em sintonia com o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o que foi explanado no item 2.1, a par inclusive com o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp de nº 519.310/SP (105), o locador é caracterizado como fornecedor do produto.

De modo que as controvérsias atinentes ao contrato de adesão também se estendem às locações de bens imóveis urbanos, no que respeita precipuamente à inserção de cláusula de renúncia ao benefício de ordem pelo fiador.

Ou seja, em muitas vezes, o garante só vem tomar ciência deste fato no exato instante em que é acionado judicialmente a fim de satisfazer o cumprimento da obrigação principal, concomitante com o devedor.

Ademais, surge o grandíssimo problema para o fiador, considerando que, neste tipo de contrato, uma vez contida aquela cláusula de renúncia ao benefício de ordem, existe possibilidade de seu único bem imóvel residencial ser passível de constrição judicial.

Logo, malgrado na sistemática jurídica brasileira se encontrar em vigor a Lei de nº 8.009/90¹⁹³ que trata de impenhorabilidade de bens de família, a dar garantia ao locador de, em não adimplindo o débito, na condição de devedor principal e, uma vez sendo detentor de um único imóvel, no qual abrigue a si e seus familiares, não ser este levado à hasta pública para finalidade de pagamento da dívida oriunda do negócio jurídico de contrato locação de imóvel urbano, conforme dispõe o art. 1º.

Ocorre, todavia, que este benefício não é estendido ao fiador.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 297**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=297&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 27 out. 2013.

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. Brasília, 29 de mar. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

Se for o fiador, a situação muda radicalmente, de vez que a citada lei fez constar, no art. 3º, as exceções àquela regra, elencando no inciso VII: “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

Pela regra de hermenêutica jurídica, vê-se que o comando do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, fere o princípio da isonomia da Constituição Federal, pois se o fiador vier a ser demandado, com igualdade de condições com o devedor principal, quando da análise da natureza jurídica do contato de fiança, a característica inerente à acessoriedade deste negócio jurídico não tem mais razão de ser.

Se o devedor principal não pode ter seu o único bem imóvel residencial penhorado, pelo princípio da igualdade ou da isonomia, também não poderia ser o do fiador.

Mas para pôr ponto final a esta celeuma, o Eg. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº. 407688¹⁹⁴, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu, por maioria, ser passível de constrição judicial o único bem imóvel do fiador.

Nestas circunstâncias, apesar de não referir à súmula vinculante, na época, é esta decisão do Supremo Tribunal Federal teve caráter de repercussão geral, e daí os tribunais e os juízos *a quo* tem-na seguindo à risca.

Surge a polêmica sobre a renúncia ao benefício de ordem decorrente dos contratos de financiamento e, acima de tudo, quando oriunda de contrato de adesão, para efeitos da inversão do ônus da prova.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, consoante visto, traz no seu bojo normas de ordem pública, conforme contido no art. 5º, Inciso XXXII, da Constituição Federal. Sobre estas normas não se opera a preclusão e as questões por elas reguladas podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Veja, por exemplo, de acordo com o que ficou assentado a respeito da não incidência da coisa julgada material, por falta de prova, nas lides relativas às ações coletivas vinculadas ao direito do consumidor, especificamente sobre a verdade substancial (item 1.6.).

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 407688-8 São Paulo**. Rel Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. D.J. 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

Eis que, se o fiador vier a juízo com o argumento de que em nenhum momento havia recebido informações necessárias quanto à renúncia ao benefício de ordem, é bem certo que estaria o tribunal autorizado a decidir sobre a inversão do ônus da prova, calcado no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, se se constar a hipossuficiência do fiador e houver a verossimilhança do alegado, no sentido de declarar ineficaz o negócio jurídico que nele se opera, especificamente à garantia fidejussória, tornando-a plenamente nula e conseqüentemente desonerar o fiador deste encargo.

Eis que, se o fiador, de livre e espontânea vontade, fizer opção por esta renúncia, não haverá a incidência da regra do art. 827, por prevalecer a sistemática do art. 828, I, do Código Civil¹⁹⁵, em seu desfavor.

É dentro justamente deste contexto que o contrato de fiança é tido como de risco e de perigo para o fiador, por vincular o seu patrimônio à satisfação do débito.

Frise-se que, em termos de ordenamento jurídico nacional, se for trazida à esfera de discussão a teoria finalista aprofundada, da lavra da eminente doutrinadora Claudia Lima Marques, não há porque deixar de conceber o fiador, como consumidor, muito embora, como é do conhecimento de todos, a este em nada beneficia o contrato principal.

Significando que, na realidade, quem, em sua totalidade, irá usar da pecúnia originada do mútuo é o devedor principal, como tomador.

Mas o fiador, ao se tornar o garantidor do adimplemento daquele débito, perante o agente financeiro, congrega todas as características inerentes a consumidor, posto ser hipossuficiente e vulnerável, pois assim a lei o classifica, em face da renúncia do benefício de ordem.

Ora, o consumidor tem o direito básico de obter todas as informações imprescindíveis sobre os produtos e serviços objetos dos negócios jurídicos pelos mesmos efetivados, até porque o art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, é norma cogente a respeito¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Art. 828 Não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente.

¹⁹⁶ Art. 6º, III: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Por seu turno, a doutrina reconhece que essas informações devem ser estendidas inclusive às fases pré-contratuais, culminando com a contratual e finalmente com a pós-contratual¹⁹⁷.

No entanto, a maior parte dos tribunais brasileiros, malgrado venham pondo em prática a Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer esta que as lides oriundas de contratos bancários devem ser solucionadas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, quando da análise dos fatos apresentados pelo fiador, ao desejar este tornar sem efeito a cláusula de renúncia ao benefício de ordem, dada à ausência de informação prévia sobre as consequências jurídicas daí oriundas, vem decidindo de modo diverso, por prevalecerem as manifestações de vontade neles contidas.

Se as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública, como pode haver validade num contrato típico de adesão cujas regras não foram previamente estabelecidas entre as partes litigantes?

Está o consumidor, neste tipo de negócio jurídico, vulnerável por previsão legal, compelido a aderir, pena de deixar de consumir o produto ou serviço.

Mas o fato é que a maioria dos julgadores brasileiros entende que o ônus da prova é exclusivo do fiador, quanto à demonstração do vício de consentimento, de

¹⁹⁷ Neste sentido, Claudia Lima Marques: “No CDC, a informação deve ser clara e adequada [...] esta nova transparência rege o momento pré-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato. Desta mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6º, III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1º). Assim, a cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação [...] mesmo com falha da informação, não pode prevalecer (arts. 24 e 25), acarretando a nulidade da cláusula no sistema do CDC (art. 51, I)”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p. 70-71.

modo a concluir pela inexistência de abusividade¹⁹⁸. No que isto também se estende à Corte de Justiça Portuguesa¹⁹⁹.

O contrato bancário é de risco, com extensão ao de fiança, de modo a serem oportunos os argumentos Dr. Hugo Luz Santos. Ademais, após o mencionado julgado do Supremo Tribunal de Justiça (Processo de nº 6479/09.8TBBR.G1S1), fez com, posteriormente, outras cortes de justiça de Portugal também reconhecessem a responsabilidade civil objetiva dos bancos, quanto a fraudes de terceiros relacionadas aos serviços de “Home Banking” (ver Item 2.6.1).

Ora, se os julgadores não se adequarem àquela nova ordem procedimental, permanecendo nas respectivas condutas, pautadas, por seu turno, no livre convencimento motivado, levando ao extremo o princípio da ponderação, deixando de lado a devida subsunção da norma consumerista ao fato controvertido, sempre haverá com violação aos direitos elementares do fiador.²⁰⁰

¹⁹⁸ “Contratos do sistema financeiro de habitação. Embargos à execução. Alegação de nulidades contratuais. Contrato de mútuo. Capitalização. Tabela price. Forma de amortização do saldo devedor. Vedação. Inclusão de cláusula de renúncia ao benefício de ordem do fiador. Ausência de demonstração de ocorrência de vício de consentimento. Abusividade não verificada. Manutenção da sentença. 1. Regime jurídico aplicável [...]” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70055586366**. Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira. Nona Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/08/2013, Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113161194/apelacao-civel-ac-70055586366-rs>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁹⁹ 1. O contrato de mútuo bancário na modalidade de abertura de crédito em conta corrente é aquele por via do qual a instituição de crédito se vincula a colocar à disposição do seu cliente determinada quantia em dinheiro e este se obriga a restituir-lha, em montante idêntico, com juros remuneratórios, podendo o último operar, por aquela forma, uma pluralidade de levantamentos de depósitos de parcelas do crédito.
2. O significado da expressão renovação do contrato de abertura de crédito em conta corrente é o de celebração de novo contrato idêntico a outro anterior que vigorou entre as mesmas partes e que se extinguiu, realidade diversa da renovação do financiamento no âmbito do mesmo contrato.
3. O débito do mutuário decorrente da referida renovação, no âmbito do referido contrato continuado de crédito, vincula o fiador que renunciou ao benefício da excussão prévia perante o credor nos mesmos termos do mutuário. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. **Julgado de nº SJ20071204041357**. Lisboa, 04 dez. 2007. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 22 out. 2013.

²⁰⁰ Neste sentido, Lenio Luiz Streck: “[...] não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em terrae brasilis – em um enunciado performativo. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Portanto, já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”. A sua mera evocação já é um “em si mesmo”. O uso performativo de um enunciado objetiva a “colar” texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre-RS: Editora do Advogado, 2013, p.47.

Eis, pois, a ideologia máxima do Estado Liberal quanto ao *pacta sunt servanda* ainda a produzir seus amplos efeitos em pleno momento do direito pós-moderno.

Não pode ser convincente a predominância de entendimento da jurisprudência pátria, quanto a não invalidade de um contrato de fiança, quando eivado de vícios insanáveis, por ausência de informação básica ao fiador, respeitante à renúncia ao benefício de ordem, uma vez que está em confronto direto com os princípios cogentes de ordem pública do CDC²⁰¹.

Saliente-se, outrossim, em que pese o presente trabalho não se encontrar diretamente vinculado a temas doutrinários especificamente constitucionais, não se pode olvidar que, nos momentos atuais, a análise doutrinária dos direitos privados também deve ser no contexto de direito constitucional.

A tendência atual é no sentido de observar o direito através de um sistema amplo, no qual, evidentemente, os princípios constitucionais fundamentais deverão ser cumpridos incondicionalmente, notadamente aos direitos fundamentais.

Destaque-se, pois, o artigo de Joaquim de Sousa Ribeiro²⁰², ao ter lançado um olhar crítico sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que, ao apreciar uma sentença prolatada em 19 de Outubro de 1993, tinha invalidado a fiança prestada por uma jovem de 21 anos, no contrato bancário, cujo devedor principal era seu genitor. Por ter assumido a obrigação de quitar o débito de 100.000 MD, enquanto seu salário estava no patamar de 1.150 MD, oriundo de sua atividade laborativa de uma simples operária.

Segundo este doutrinador²⁰³, a queixa da fiadora teve sucesso, entendendo o *Bundesverfassungsgericht* que os tribunais ordinários, ao admitirem a eficácia da fiança, tinham violado o art. 2º, 4, da *Grundgesetz*, norma que consagra aquele direito ao livre desenvolvimento da personalidade. E que esse direito da fiadora era

²⁰¹ Luis Alberto Reichelt acrescenta que “sob o signo do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, o consumidor não raro é visto como um sujeito em situação de hipossuficiência técnica, isto é, sem a mínima disponibilidade de acesso aos documentos necessários à prova das alegações por ele efetuadas em matéria de fato. Consumidores em tal circunstância não podem ser penalizados com a aplicação de regras sobre ônus da prova como se fossem partes que simplesmente não produziram provas que estavam à disposição, de fácil acesso, sob pena de surgimento de uma injustiça monumental”. REICHELT, Luis Alberto. Tutela Jurisdicional do Consumidor, Adequação do Processo e Acesso à Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 21, v. 84, Editora Revista dos Tribunais, out-dez./2012, p. 177.

²⁰² RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 28.

coarctado pela executoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado aos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida.

Enfatiza que o que a sentença tem de verdadeiramente singular é o fato de, ao mesmo tempo em que reconhece, na linha da doutrina e da jurisprudência largamente dominante, que o art. 2º, I, da Lei Fundamental, garante a autonomia privada, como autodeterminação na esfera jurídica, é esse mesmo preceito que considera violado, por força do exercício da liberdade contratual, em certos termos e condições²⁰⁴.

Ora, as instituições financeiras, na realidade, não estão interessadas quanto assegurar aos seus clientes maiores informações sobre as potenciais repercussões patrimoniais, principalmente ao fiador, com relação à cláusula da renúncia do benefício de ordem nos contratos típicos de adesão.

Desta forma, o elementar direito à informação, conforme estipula o art. 6º, III, do CDC, é letra morta, se o julgador não se deixar levar pelo efetivo cumprimento do princípio maior da ordem pública deste microssistema jurídico. Até porque as informações contidas em contratos bancários são de alta densidade jurídica, de modo a dificultar sobremaneira o entendimento da grande parcela dos consumidores em razão daquela hipossuficiência técnica ou informacional²⁰⁵.

Ao tratar do tema, aqui sob a ótica da relação jurídica do Código Civil, o Conselho da Justiça Federal, através da IV – Jornada de Direito Civil, também defende o entendimento de que se fez necessária à ciência prévia ao fiador sobre as consequências jurídicas advindas do ato de renúncia ao benefício de ordem, pena de ensejar plena ineficácia jurídica²⁰⁶⁻²⁰⁷.

²⁰⁴ RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 28.

²⁰⁵ Neste sentido, Antonio Menezes Cordeiro, ao discorrer sobre o direito bancário no sistema jurídico de Portugal, afirmou que a informação exigida aos bancos é, no essencial, de tipo técnico-jurídico. A factualidade ligada a negócios bancários, particularmente os que tenham a ver com dinheiro é, em regra bastante simples. Porém o regime jurídico envolvido pode tornar-se mais complexo, por assentar, muitas vezes, em usos bancários ou em cláusulas contratuais gerais, de apreensão difícil.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Direito Bancário Privado. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. Ano 2. n. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan.-abr., 1999, p. 88.

²⁰⁶ Nos contratos pré-impressos ou nos contratos de adesão que contiverem garantia fidejussória, a renúncia ao benefício de ordem só pode ser suscitada pelo credor se o fiador tiver assinado termo de ratificação da cláusula de renúncia; ou se o credor provar que o fiador sabia dos limites e do alcance da cláusula a esse direito. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV – Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 392.

Eis que o contrato de fiança, nestas condições, é de risco e de perigo, para o fiador, por vincular o seu patrimônio à satisfação do débito. No julgado de nº 2421/09, do Tribunal da Relação de Coimbra²⁰⁸, publicado em 20/03/12, há declinação no item 2.6.1.

Torna-se temerário e inclusive inaceitável, por parte dos tribunais, quanto às suas compreensões dos contratos, no caso em comento, os referentes às fianças, sob a ótica exclusiva, consoante visto, do *pacta sunt servanda*, sem que haja qualquer possibilidade de ocorrer revisões de suas cláusulas e condições, não se levando em consideração, por sua vez, a função social dos contratos.

²⁰⁷ É nula a cláusula que exige a renúncia antecipada ao benefício de ordem na fiança (Art. 828, do Código Civil) em face dos contratos de adesão, por representar violação ao disposto no art. 424, do Código Civil). CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **IV – Jornada de Direito Civil: Enunciados**. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013, p. 393.

²⁰⁸ Entre as garantias específicas ou especiais destaca-se, como sua figura-tipo, a fiança, cujo regime geral se encontra fixado no art. 627 e SS do C. Civil e que, em termos jurídicos, se costuma definir e conceptualizar como vínculo jurídico pelo qual um terceiro (fiador) se obriga pessoalmente perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do direito de crédito deste sobre o devedor. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. **Processo nº 2421/09**. Coimbra, 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 26 out. 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, torna-se imprescindível destacar que, em termos de ordenamento jurídico luso-brasileiro, o direito do consumidor está elencado como direito fundamental, previsto nas respectivas Cartas Magnas. Sendo que, para o direito brasileiro, aquele foi alçado à categoria de ordem pública, a exigir, por sua vez, o empenho de todos à sua efetivação, denotando a sua relevância no cenário jurídico pátrio.

Nestes moldes, não se pode admitir a omissão do legislador ordinário, em ambos os países, ao deixar demonstrar qualquer interesse no regramento da responsabilidade civil objetiva, oriunda do risco de desenvolvimento.

Não obstante a lacuna legislativa, a jurisprudência brasileira, sob este jaez, vem categoricamente reconhecendo a necessidade de aplicação da inversão do ônus da prova, em benefício do consumidor. Ou seja, pelo menos em sede do ordenamento jurídico pátrio, o que se percebe é que esta forma de solucionar a controvérsia está calcada na subsunção do fato aos elementos essencialmente caracterizadores do que venha ser consumidor, quais sejam, a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência.

Assim, quanto ao risco de desenvolvimento, como não poderia deixar de ser, os tribunais brasileiros vêm cumprindo à risca a tão almejada efetivação dos direitos fundamentais do consumidor.

Por seu turno, ante a inércia dos poderes Legislativo e Judiciário portugueses, no limite de suas competências, sobre a imputação da responsabilidade civil objetiva ao fornecedor, mostra-se patente a necessidade de reestruturação do ordenamento jurídico daquele país. Do contrário, o consumidor, sem a prerrogativa da inversão do ônus da prova, em seu favor, permanece a mercê de sua própria sorte, ainda que intrínsecas aquelas hipossuficiência e vulnerabilidade.

Nesta mesma direção, os tribunais luso-brasileiros, sob o manto do livre convencimento motivado, vêm se posicionando contrariamente ao reconhecimento de vício no contrato de fiança, quando suscitada pelo fiador a nulidade da cláusula de renúncia ao benefício de ordem, negócio jurídico este típico de adesão.

Então, de tudo que ora se observa, não se pode deixar de compreender o fiador como consumidor, ostentando garantias constitucionais e processuais como tal. Consolidando o direito elementar à inversão do ônus probatório em seu favor.

Registre-se que, quanto ao Brasil, embora haja avanço significativo em termos de direito do consumidor, ainda se faz necessário ao órgão judicante uma atuação mais efetiva, especialmente nos casos em que a norma seja omissa, sob pena de ocorrer inegável violação dos princípios básicos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Quanto a Portugal, a situação do consumidor se apresenta mais crítica, uma vez que a lei consumerista é totalmente silente com relação à inversão do ônus da prova, sendo que a jurisprudência ainda se mantém conservadora na aplicação deste instituto. É cediço que é papel do Estado-juiz realizar uma integração normativa dentro de um pragmatismo que atende as necessidades sociais, demonstrando com isso uma inegável evolução do sistema jurídico todo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda A Evolução do Direito e a Tutela de Urgência. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 3, 2010.

BALESTERO, Gabriela Soares. A inversão do ônus da prova no novo CPC e a discricionariedade judicial. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n. 58, set/dez, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2012.

BERNARDO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed., São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. **Lei de nº 7.070**, de 20 de dezembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 1.060**, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1 de jan. de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. Brasília, 29 de mar. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 8.952**, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

_____. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.

_____. **Lei nº. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de jan. de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 07 out. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 179542/SC – 2012/0102942-3**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/04/2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339934422/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-179542-sc-2012-0102942-3>>. Acesso em 05 jul. 2016

_____. _____. **AgRg no AREsp 814560/PI**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgamento: 19/04/2016. Publicação: Dje 25/05/2016. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.2:acordao;aresp:2016-04-19;814560-1537716>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. _____. **ArRg no AREsp 845218/SP (2016/0007737-0)**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevo. Data do julgamento 09/08/2016. Dje 16/08/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=845218&&>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **AgRg no AREsp 844281/DF de nº 2016/0013061-2**. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do julgamento, 19/04/2016. DJe 27/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1505162&num_registro=20160130612&data=20160527&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **Recurso Especial n. 971.845**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. Brasília, 01 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=726140&sReg=200701573821&sData=20081201&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2013

_____. _____. **REsp 1162649/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado no dia 13/05/2014, DJe 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/134004822/recurso-especial-n-1162649-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **REsp 1176000/PR (2010/0009377-4)**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 10.03.2016, DJe. 05.04.2016. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339857612/recurso-especial-resp-1176000-pr-2010-0009377-4/inteiro-teor-339857634>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **REsp 1280211/SP (2011/0220468-0)**. Rel. Min. Marco Buzzi. Segunda Seção, de 23/04/2014, DJe 04/09/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408127/recurso-especial-n-1280211-sp-do-stj>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **REsp de nº 422778/SP (2002/0032388-0)**. Rel. Min. Castro Filho. Rel. do Acórdão. Min. Nancy Andrighi. Terceira turma. 19/06/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8907737/recurso-especial-resp-422778-sp-2002-0032388-0/inteiro-teor-14034135>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **Resp nº 1.195.642/RJ (2010/0094391-6)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J.13.11.2012. DJe 21.11.2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj/inteiro-teor-22829800>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **REsp. 519.310/SP (2003/0058088-5)**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJ 24/05/2004, p. 262. Disponível em:

<http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/0CtqtlSce2QsyeyQsGEcMw/hBZovPqexjUwQHZ4H0hH0w/REsp_519.310_-SP.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. _____. **Súmula 297**. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&processo=297&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 27 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 407688-8 São Paulo**. Rel Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. D.J. 06/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70055586366**. Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira. Nona Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/08/2013, Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113161194/apelacao-civel-ac-70055586366-rs>>. Acesso em: 06 set. 2016.

BRUXELAS. **Directiva do Conselho das Comunidades Europeias nº. 85/374/CEE**. Bruxelas, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 10 out. 2013

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produto pelos riscos de desenvolvimento**. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

CAMBI, Eduardo. A inexistência do ônus da impugnação específica e da presunção de veracidade dos fatos não contestados, para o consumidor, nas relações de consumo. **Revista de Direito Privado**. Ano 4, n. 14, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, abr./jun. 2003.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegéticos do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista dos Tribunais**, v. 127. Ano 30. Set. 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova**. Tradução de Lisa Pariscarpa. 4. ed. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do consumidor. **Revista do Consumidor**. n. 46, Ano 12, Editora Revista do Tribunais, jul.-set. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. **Revista de Direito do Consumidor**. RT, n. 29, São Paulo, 1999.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. **Diretiva nº 85/374**, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I – Jornada de Direito Civil**: Enunciados. Brasília: 2007, Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. **IV – Jornada de Direito Civil**: Enunciados. Brasília: 2007, p. 392. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2013

CUNHA, Belina Pereira da. Ônus da prova no Código do Consumidor: necessidade da inversão prévia em face das liminares de antecipação da tutela. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. Ano 12. Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed., São Paulo-SP: Ed. Malheiros, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

FIGLIOLIA, Antônio Mário de Castro. **Inversão do ônus da prova nos litígios de consumo: regra de julgamento ou de procedimento? Um estudo da questão à luz das legislações, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira**. Relatório de Direito Processual Civil, curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2005.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados aprovados em Salvador:** Enunciado de nº 50. Vitória, de 1 a 3 de maio de 2015. Disponível em: <Portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em: 02 set. 2016.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil:** conceito e princípios gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, jan/mar. 1995.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista do Processo**, Ano 34, n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun./2009.

GOUVEIA, Mariana França. A Prova. **Revista Themis – Revista de Direito**. Portugal: Centro de Estudos Jurídicos, 2008 (Edição Especial. Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais).

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Obrigatoriedade da audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma lição para o processo comum. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 72, jul./ago, 2011.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

LANES, Jaúlio Cesar; POZATTI, Fabrício Costa. **O Juiz como o único destinatário da prova (?)**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.).

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set. 2003.

_____; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CDC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 91, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev., 2104.

LIZ, Jorge Pegado. **Introdução ao direito e à política do consumo**. Lisboa: Editora Notícias, 1999.

LÔBO, Paulo. **Do contrato no estado social**: crises e transformações. Maceió: Ed. EDUFAL. 1983.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constituição do processo civil. **Revista do Processo**. Ano 29, n. 116. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, Jul./Ago. 2004.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. Tirag. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fiança. Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XLIV, Título XXXIX. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963.

MONCADA, Luiz Cabral. **Lições de direito civil**: Parte Geral. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1995.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Ed. LEX, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**. n. 18. Ano 5. Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2004.

_____. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Direito do Consumidor**. n. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no CDC. **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 917, mar. 2012.

_____. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo- SP: Ed. Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 44).

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 383/89**, de 06 de novembro. Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=729&tabela=leis>. Acesso em: 22 out. 2013

_____. **Decreto-Lei n.º 47.344**, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200240>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 131**, de 24 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=730&tabela=leis>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Diretiva nº 85/374**, de 25 de julho de 1985. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 317/2009**, de 30 de Outubro. Aprova o regime jurídico relativo ao acesso à atividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/64/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13-11, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno. Prevê um regime transitório aplicável às agências de câmbio e às sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito. Disponível em: <<https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Paginas/DL317ano2009.aspx>>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. **Lei de nº 29/81**, de 22 de Agosto. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/34244/>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. **Lei nº 24/96**, de 31 de julho. Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. **Lei nº 41/2013**, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2016

_____. Tribunal de Relação de Coimbra. **Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, Processo de nº 902/13.4TBCNT.C1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aba8f7cea02531c180257f4f003e6e54?OpenDocument>>. Acesso em: 16 set. 2016

_____. _____. **Processo nº 2421/09**. Coimbra, 20 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. _____. **Julgado de nº SJ20071204041357**. Lisboa, 04 dez. 2007. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 22 out. 2013

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista da AGU**. Brasília-DF, Ano IX, n. 24, abr./jun. 2010.

RAMOS, José Luís Bonifácio, **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor**. Relatório do Curso de Mestrado em ciências Jurídicas na Disciplina de Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 1990.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel. **O ônus da prova no processo civil**. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre-RS: Editora Livraria do Advogado, 2009.

_____. Tutela Jurisdicional do Consumidor, Adequação do Processo e Acesso à Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 21, v. 84, Editora Revista dos Tribunais, out-dez./2012

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 5.).

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

SANTOS, Hugo Luz. Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ônus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013 o (admirável) “mundo novo” no homebanking? **Revista O Direito**, Centro de Estudos Judiciários. Portugal, Ano 147. v. 3, 2015.

SCARPINELLA, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2 t., parte 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. **Revista Jurídica**. Ano 54, n. 345, Porto Alegre-RS, jul. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito probatório**. Salvador-BA: Editora JusPODIVM, 2015.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre- RS: Editora do Advogado, 2013

_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. São Paulo: Editora Método, 2011

_____; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. v., 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2001

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.